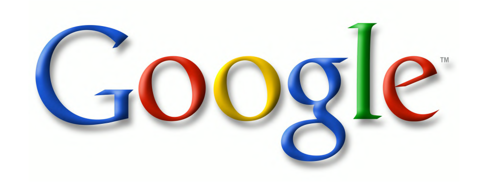
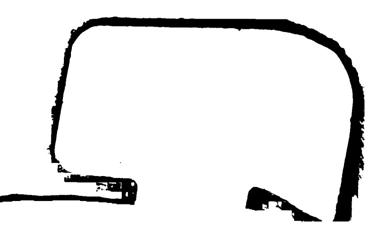



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 465 286


VE
RI
TAS



SWITZERLAN

MANUEL DU DROIT FÉDÉRAL

DES

OBLIGATIONS

DU MÊME AUTEUR

DROIT ET POLITIQUE

Manuel du droit civil de la Suisse romande. 1 vol. in-8°, Bâle et Genève, 1885.

Un jurisconsulte bernois (S.-L. de Lerber). 1 broch. gr. in-8°, Berne, 1894.

Louis Ruchonnet. Etude biographique. 1 vol. gr. in-8°, Lausanne, 1894, 2me édition.

LITTÉRATURE

Histoire littéraire de la Suisse romande, des origines à nos jours. Nouvelle édition illustrée. 1 vol. in-4°, Neuchâtel, 1903.
Ouvrage couronné par l'Académie française.

Histoire de la littérature française hors de France. 1 vol. in-8°, Lausanne et Paris, 1895.

Histoire des relations littéraires entre la France et l'Allemagne, 2me édit. 1 vol. in-8, Paris, 1897.
Ouvrage couronné par l'Académie française.

Poèmes suisses. 1 vol. in-16, Lausanne, 1893.

Poésies. Edition complète. 1 vol. in-18, Lausanne, 1899.

Nivoline. Poème alpestre. 1 vol. illustré, in-8°, Neuchâtel, 1900.

Davel. Poème dramatique. 1 vol. in-16, Lausanne, 1898.

Une mère. Drame en un acte, en vers. 1 vol. in-16, Lausanne, 1901.

Morgarten. Drame en quatre actes, en vers. 1 vol. in-16, Lausanne, 1905.

Cœurs simples. Roman. 1 vol. in-16, Genève, 1894.

Jours difficiles. Roman. 1 vol. in-16, Genève, 1896.

Clément Rochard. Roman de mœurs politiques suisses. 1 vol. in-16, La Chaux-de-Fonds et Lausanne, 1903.

Les deux forces. Roman. 1 vol. in-16, Lausanne, 1905.

MANUEL

DU

DROIT FÉDÉRAL

DES

OBLIGATIONS

CODE FÉDÉRAL DES OBLIGATIONS ET LOIS SPÉCIALES
S'Y RATTACHANT

PAR

VIRGILE ROSSEL

Docteur en droit, professeur de droit civil à l'Université de Berne.

DEUXIÈME ÉDITION

complètement refondue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence.

LAUSANNE
PAYOT & Cie ÉDITEURS
1, Rue de Bourg, 1.
PARIS
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY
L. LAROSE ET L. TENIN, DIRECTEURS
22, Rue Soufflot, 22.

1905

PRÉFACE

Notre Manuel du droit fédéral des obligations, *paru en 1892, étant épuisé en librairie, on pouvait se demander s'il convenait d'en préparer une deuxième édition avant l'entrée en vigueur du futur Code civil suisse. En effet, l'art. 64 de la Constitution fédérale de 1874 a été revisé (votation populaire du 13 novembre 1898); la Confédération a désormais le pouvoir « de légiférer aussi sur les autres matières de droit civil » — c'est-à-dire, autres que le droit des obligations, notamment, — et les travaux de la codification générale commencée il y a quelques années sont assez avancés aujourd'hui, pour que les Chambres aient pu être récemment appelées à s'occuper de cette grande entreprise législative. Mais, en admettant même que l'Assemblée fédérale ne consacre que trois ou quatre ans à la discussion du projet qui lui a été soumis, et que le peuple sanctionne expressément ou tacitement l'œuvre des représentants de la nation et des cantons, le Code civil suisse ne sera pas appliqué avant l'expiration d'une période transitoire assez longue : il faudra que le public puisse se familiariser avec la loi nouvelle ; il faudra que le Conseil fédéral et les Etats confédérés disposent du temps indispensable pour élaborer les importantes et nombreuses ordonnances prévues par le Code lui-même. Tant et si bien qu'avant plusieurs années l'unification de notre droit privé n'aura point passé dans le domaine des faits accomplis. Même plus tard, et dût le Code des obligations de 1881 être incorporé dans le futur Code civil avec des changements plus ou moins considérables, notre* Manuel *ne perdra pas son utilité. Il résulte du Message du Conseil fédéral, du 3 mars 1905, concernant le projet de loi destiné à compléter le Code civil suisse (droit des obligations et titre final), qu'on n'a pas l'intention de modifier profondément, sauf sur deux ou trois points, le Code de 1881, et qu'on ne touchera pas aux titres des sociétés anonymes, des associations, du droit de change, — ensorte que, pour ces matières tout au moins, notre* Manuel *conservera toute sa valeur*

et que, pour les autres, il demeurera un guide pour l'étudiant et une source de renseignements pour le praticien. Bien plus, il n'est pas même certain, à cette heure, que la revision du droit des obligations ne soit pas ajournée, afin de ne pas renvoyer à une date trop éloignée l'entrée en vigueur des autres parties du droit civil suisse.

Comme nous l'expliquions dans la préface de la première édition, ce livre est un « manuel » du droit fédéral des obligations, un exposé systématique, clair et concis, d'une matière que nous ne songions pas à épuiser. Il s'adresse avant tout à l'avocat, au notaire, au magistrat et à l'étudiant ; les hommes d'affaires, d'autre part, auront souvent l'occasion de le consulter.

Nous ne possédions, avant 1892, dans la Suisse romande, en fait de précis ou traités du Code fédéral de 1881, que celui de M. P. Jacottet (1884), ainsi que les traductions des commentaires allemands de MM. Schneider et Fick et de M. Haberstich. Or l'ouvrage de M. Jacottet n'était guère qu'une introduction rapide à l'étude de notre droit des obligations ; le Commentaire *de MM. Schneider et Fick remontait à l'année 1884 et l'on n'en a pas traduit en français les éditions subséquentes ; le* Manuel *de M. Haberstich n'avait pas reçu chaud accueil en dehors de la Suisse allemande. Nous nous étions dit, dès lors, que l'heure avait sonné pour un livre comme le nôtre, où non seulement on s'approprierait les résultats des travaux suscités par le nouveau Code, mais où l'on mettrait à profit une jurisprudence fort abondante et d'un incontestable intérêt. Nous avons encore élargi la part faite aux arrêts du Tribunal fédéral et des cours d'appel cantonales, en tenant compte de ceux qui ont paru jusqu'à la publication de ce volume. De plus, la doctrine a été mise à contribution beaucoup plus forte que dans la précédente édition.*

Tout le droit fédéral des obligations n'est pas renfermé dans le Code de 1881 ; il est aussi disséminé dans des lois spéciales que nous avons, ou commentées brièvement, ou résumées à la place qui convenait. Ce que nous avions fait à cet égard en 1892 a été repris et continué. Sur toutes choses nous avons cherché à dire au moins l'essentiel ; et même, pour les chapitres les plus souvent consultés (partie générale, vente, bail, cautionnement, etc.), nous avons jugé nécessaire de ne pas négliger les

détails. Quant à la méthode, nous avons suivi l'ordre des titres du Code fédéral lui-même, sauf pour le titre trente-quatrième (« dispositions transitoires ») qui est devenu notre titre préliminaire. On nous excusera, au surplus, de n'avoir pas invariablement observé la succession des articles. Notre ambition était d'écrire un traité systématique ; nous avons dû, en conséquence, opérer quelques remaniements dans la distribution des matières adoptée par le législateur, mais nous n'avons pas cru que bouleverser un Code fût la meilleure manière d'en extraire un « système ». Ajoutons que nous avons toujours transcrit dans notre manuel, en caractères italiques, *les textes mêmes que nous étudiions ; avoir sans cesse la lettre de la loi sous les yeux, demeure le plus sûr moyen de se pénétrer de son esprit. Les alinéas des articles sont marqués par des tirets.*

Notre Manuel *sera d'un usage très facile, grâce aux tables et index que nous y avons joints. Nous appelons l'attention sur un tableau des articles du Code fédéral, avec renvoi aux divers passages du volume où chacun de ces articles se trouve expliqué ou plus spécialement mentionné.*

Puisse ce petit traité — les étudiants le trouveront bien gros, nous en avons peur — atteindre le but que nous nous sommes proposé ! Puisse-t-il également ne pas offrir trop de ces lacunes ou de ces erreurs presque inévitables, même dans une deuxième édition ! Nous sommes heureux d'avoir pu l'améliorer et lui donner une forme non point, certes, définitive, mais moins insuffisante qu'en 1892. L'excellente édition annotée de feu M. le juge fédéral Hafner, des monographies parfois remarquables et toujours suggestives, des arrêts qui ont dissipé bien des obscurités et tranché bien des controverses, sans parler de notre travail personnel, nous ont permis, sinon de faire bien, du moins de faire un peu mieux. Et, en particulier, nous n'avons jamais pensé que ce fût déchoir, même pour un jurisconsulte, que de changer d'opinion sur l'une ou l'autre question douteuse, puisqu'aussi bien le devoir de ceux qui appliquent le droit comme de ceux qui l'exposent, est moins d'affirmer avec force leur point de vue et d'y persister malgré tout, que de rechercher la vérité.

VIRGILE ROSSEL.

Berne, en Septembre 1905.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

C. O.	Code fédéral des obligations.
L. P.	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.
C. c. fr.	Code civil français.
C. com.	Code de commerce (*fr.* — français ; *al.* — allemand).
C. civ. al.	Code civil allemand.
A. T. F.	Arrêts du Tribunal fédéral suisse.
R. j. f.	Revue de jurisprudence fédérale.
J. d. T.	Journal des Tribunaux (Lausanne).
R. j.	Revue judiciaire (Lausanne).
H. E.	*Handelsrechtliche Entscheidungen* (Zurich).
Sem. jud.	Semaine judiciaire (Genève).
Zeitsch. d. b. J. V. . .	*Zeitschrift des bernischen Juristen-Vereins.*
R. O. H. G.	*Reichsoberhandelsgericht* (arrêts du).
Mess.	Message du Conseil fédéral du 27 Novembre 1879.
Munzinger.	Motifs du projet de Code de commerce, 1865.
Motive	*Motive zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich.*
Motifs	Exposé des motifs de l'avant-projet de Code civil suisse, 1902.
Jacottet.	Manuel du droit fédéral des obligations ; in-8°, Neuchâtel, 1884.
Haberstich.	*Handbuch des schw. Obligationenrechts.* 3 parties ; in-8°, Zurich, 1884-1887.
Schneider et Fick . .	*Das schw. Obligationenrecht*, 1896, 2[te] Aufl.
Hafner	*Das schw. Obligationenrecht*, 2[te] Aufl., 1896, 1898, 1905.
Brustlein et Rambert .	Commentaire de la loi féd. sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1892.
Reichel	*Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung u. Konkurs*, 1901 (édition revue de l'ouvrage de MM. L. Weber et A. Brustlein.)
Staub.	*Kommentar zum allg. d. Handelsgesetzbuch*, 5[te] Aufl., Berlin, 1897 (cet ouvrage se rapporte encore à l'ancien C. com. all., remplacé par celui du 10 mai 1897 ; cfr. *Supplément zum Staub's Kommentar*, 1897). — Dans le droit de change, nous avons cité son commentaire (1896) de la *Deutsche Wechselordnung.*
Baudry-Lacantinerie .	Traité théorique et pratique de droit civil. *Des obligations* (par C. Baudry-Lacantinerie et L. Barde), 3 vol., in-8°, Paris, 1897-1904.
Thaller	Traité de droit commercial, 2[me] édit. ; in-8°, Paris, 1900.

INTRODUCTION

I

Les institutions politiques de la Suisse ont naturellement influé sur ses institutions de droit privé, dont elles ont entravé le développement jusque dans la seconde moitié du XIXme siècle. Les domaines de la législation civile et commerciale sont restés dans la compétence exclusive, ou presque exclusive des cantons, jusqu'à la Constitution fédérale de 1874.

Ce n'est pas que le besoin d'une large centralisation juridique ne se soit pas fait sentir depuis longtemps. Le 5 Janvier 1798 déjà, les Conseils de la République helvétique avaient préconisé l'idée d'une législation civile uniforme pour toute la Suisse. Cette idée mourut avec la République « une et indivisible » — qui avait été aussi divisée qu'éphémère, — pour ne ressusciter timidement qu'en 1848 et ne recevoir un commencement d'exécution qu'en 1883, date de l'entrée en vigueur du Code fédéral des obligations. Si la Charte de 1848 avait métamorphosé en Etat fédératif l'ancienne Confédération des Etats suisses, si elle avait assez énergiquement taillé dans les petites souverainetés cantonales, elle n'en abandonna pas moins toute la matière du droit privé aux cantons. Des propositions tendant à l'unification du droit commercial furent repoussées.

Mais l'essor considérable pris par le négoce et l'industrie indigènes, la croissante fréquence des relations et des échanges entre les

cantons et avec l'étranger, firent bientôt naître la conviction que la diversité des lois était, à bien des égards, très préjudiciable aux intérêts vitaux du pays. Un Bernois, le landammann E. Blœsch, dénonça, l'un des premiers, en 1853, l'état chaotique de notre droit, l'incohérence, l'insuffisance et l'inextricable dédale des vingt-six législations qui régissaient un peuple de deux millions et demi d'habitants. Sur son initiative, le canton de Berne convoqua, l'année suivante, une conférence, à laquelle quatorze cantons envoyèrent des délégués, aux fins de préparer l'introduction d'un droit de change unique par le moyen d'un Concordat. M. Burkhardt-Fürstemberger, conseiller d'Etat bâlois, fut chargé de préparer un projet ; il choisit comme modèle le *Règlement général allemand sur la lettre de change*. Son projet, qu'on remania profondément, ne reçut sa forme définitive que dans une nouvelle conférence (Mai 1856), à laquelle neuf cantons seulement participèrent. L'enthousiasme des années précédentes s'était évanoui. Les égoïsmes locaux, les rivalités cantonales, des appréhensions dictées par la peur du changement, de l'indifférence suggérée par l'amour-propre de certains Etats qui s'imaginaient posséder une législation supérieure à celle dont on les menaçait, toutes ces causes et d'autres encore contribuèrent à l'échec des négociations et des travaux en cours. On ne put se résoudre à signer le Concordat, à l'heure où il n'y avait plus qu'à le signer ; six cantons cependant utilisèrent le projet de 1856 pour la rédaction de leurs lois sur le droit de change et le promulguèrent presque textuellement.

Les autorités fédérales gardaient une neutralité à peine bienveillante. Néanmoins lorsque le Code de commerce allemand fut achevé (12 Mars 1861), le Conseil fédéral se départit de son attitude expectante et il entreprit l'élaboration d'un Code de commerce, à la suite d'un arrêté du Conseil national (30 Janvier 1862), provoqué par M. Curti, de St-Gall, et ainsi conçu : « Le Conseil fédéral est invité à examiner s'il ne serait pas convenable d'ouvrir les négociations nécessaires pour introduire, par la voie d'un Concordat, un Code de commerce commun pour toute la Confédération, ou, si cela n'est pas possible, du moins pour le plus grand nombre des cantons ». Ajoutons que, déjà le 8 octobre 1861, M. le Dr Dubs, alors

chef du Département fédéral de justice et police, avait demandé à M. le Dr Fick, professeur à l'Université de Zurich, un rapport détaillé sur la question de savoir « si, en général, il paraissait désirable et possible d'arriver à une codification nationale du droit commercial, y compris le droit de change et les transports par chemins de fer. » En exécution de l'arrêté ci-dessus, M. Munzinger, professeur à l'Université de Berne, et M. Burkhardt-Fürstemberger furent chargés en outre de présenter des mémoires sur le même sujet.

Tous ces travaux, déposés en 1862, aboutirent aux mêmes conclusions affirmatives. Le 22 Août de la même année, le Conseil fédéral invita M. Munzinger à rédiger un Code de commerce, où le droit de change figurerait également. M. Munzinger s'acquitta très rapidement de cette tâche et put transmettre son projet, le 7 Septembre 1863, au gouvernement suisse. Une Commission nommée à l'effet d'examiner le Code de M. Munzinger, en fixa le texte définitif, qui fut publié en 1864 avec un exposé de motifs très complet.

Les Chambres fédérales, saisies de cette œuvre, ne la discutèrent même pas. Si le Conseil des Etats vota l'entrée en matière, le Conseil national décida l'ajournement, dans l'espoir que l'unification du droit des obligations tout entier serait possible à brève échéance. On voyait le moment arrivé de refondre la Charte fédérale de 1848, et l'on comptait échapper ainsi à l'expédient d'un Concordat. Le mouvement revisionniste échoua. Il fallut réunir de nouveau les cantons en conférence. Tous, sauf un, prirent part à cette nouvelle conférence qui, après de longues discussions, pria le Conseil fédéral : 1° de faire élaborer une loi générale sur les obligations et de soumettre ensuite le projet aux cantons ; 2° de faire élaborer, dans un projet distinct, une loi générale sur les faillites ainsi que sur la poursuite pour dettes.

M. Munzinger et M. le professeur Heusler, de Bâle, furent chargés, l'un de préparer un Code des obligations, l'autre un Code des poursuites et faillites. Le travail de M. Munzinger ne vit le jour qu'en 1871 ; son projet, original par bien des côtés, s'était inspiré notamment des délibérations et des décisions de la Commission convoquée à Dresde, en 1866, pour arrêter les principes d'une « loi générale allemande sur les obligations. »

Les difficultés s'aplanissaient, quand surgit la revision de 1872. Aux termes de l'article 55 du projet de Constitution fédérale adopté par les Chambres, la Confédération obtenait la compétence nécessaire pour unifier tout le droit civil. Mais la charte revisée fut repoussée par le suffrage populaire, à une très faible majorité d'ailleurs (260 859 voix contre 255 606, et par 13 Etats contre 9). On se résigna donc à reprendre la discussion du Code de M. Munzinger. La mort prématurée de cet éminent jurisconsulte (28 Avril 1873) vint suspendre la solution de l'importante entreprise législative qu'on allait mener à chef. M. Fick recueillit la succession de M. Munzinger. Sur ces entrefaites, le mouvement revisionniste, un moment découragé, aboutit, en date du 19 Avril 1874, à l'adoption, par le peuple suisse, d'une Constitution dont l'art. 64 plaçait « dans le ressort de la Confédération », entre autres « *la législation sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change)* ». L'entrée en vigueur de la Charte de 1874 fut immédiatement suivie de l'élaboration des lois considérées comme les plus urgentes (organisation militaire, organisation judiciaire fédérale, état civil et mariage, etc.), ensorte que le projet de Code des obligations et du commerce ne put être terminé qu'en 1875. Une Commission d'experts examina cette œuvre et l'amenda ; son projet ne fut imprimé qu'en 1877.

C'est dans cette dernière forme qu'on le communiqua aux gouvernements cantonaux et qu'on le répandit dans le public, afin que toutes les personnes compétentes pussent présenter leurs observations et leurs critiques. De nombreux mémoires (46) parvinrent au Conseil fédéral, et tous ces matériaux servirent à la préparation du projet définitif, soumis aux Chambres avec un message du 27 Novembre 1879.

Les Chambres fédérales consacrèrent près de deux ans à discuter ce projet ; elles le modifièrent sur plusieurs points, sans que l'on puisse dire que toutes ces modifications aient été heureuses. Quoi qu'il en soit, le Code fédéral des obligations fut adopté *in globo* le 19 Juin 1881, et le délai référendaire expira sans que les partis eussent jugé à propos d'exposer cette loi aux hasards d'un vote popu-

laire. Le nouveau code entra en vigueur le *1er Janvier 1883*; il n'a subi, depuis lors, que de légers changements, ainsi dans les matières du bail et du registre du commerce. Le 1er Janvier 1892, soit neuf ans plus tard, la loi fédérale de la poursuite pour dettes et de la faillite devenait exécutoire et son application allait influer sur certaines parties du droit des obligations. Enfin, le 13 Novembre 1898, le peuple suisse revisait l'art 64 de la Constitution de 1874 et proclamait le principe de l'unification totale de la législation civile; le premier avant-projet de Code civil suisse (moins le livre traitant des obligations et les dispositions transitoires) a paru en Novembre 1900; les chambres ont été saisies du projet du Conseil fédéral le 14 Juin 1904.

II

Le Code fédéral des obligations du 19 Juin 1881 devait, dans les premières années, soulever bien des difficultés d'application. La confusion n'est-elle pas le grand danger des unifications partielles ? Comment déterminer exactement la frontière entre les domaines désormais dévolus au droit fédéral et ceux qui étaient réservés au droit des cantons ? Comment régler avec assez de précision le passage de l'état de droit ancien dans l'état de droit nouveau ? Les dispositions transitoires du Code fédéral, éminemment rationnelles et d'un caractère pratique incontestable, ont coupé court à bien des conflits et restreint le champ des controverses possibles. La jurisprudence eut bientôt consacré des solutions claires et nettes, sinon inattaquables. D'un autre côté, la plupart des cantons promulguèrent des lois de concordance qui, sans être absolument sûres, — en ce que, par exemple, elles ont presque toutes laissé subsister des parties du droit cantonal virtuellement abrogées, — n'en ont pas moins rendu de réels services au public et aux hommes d'affaires. On peut affirmer que les craintes que l'on avait conçues au sujet des complications que déterminerait l'entrée en vigueur de notre Code fédéral étaient fort exagérées.

Mais il ne sera pas inutile de jeter un coup d'œil sur l'ensemble de la codification que nous étudierons. Elle est un compromis, sur

plus d'un point décisif. entre la conception germanique et la conception latine. ou française, du droit des obligations, celle-ci ayant été assez fréquemment sacrifiée à celle-là. Nous ne prétendrons pas pour autant que notre Code soit défectueux, bien que son économie ne mérite pas beaucoup d'éloges et bien qu'il ne se soit pas acclimaté aussi aisément dans la Suisse romande que dans les cantons allemands. On a tenu compte des progrès de la science juridique. des réformes introduites dans les récentes codifications de l'étranger ; on a voulu donner au peuple suisse un droit qui visât moins à l'originalité et à la perfection théorique qu'à la simplicité et à la clarté. Nous aurons plus d'une fois à faire des réserves ou des critiques, mais nous ne songeons à présenter ici que quelques remarques générales. Et puis, un code unique, fût-il médiocre. sera toujours préférable à vingt-six codes différents, fussent-ils excellents.

Si nous commencions par discuter la valeur de notre code. au point de vue de la méthode, nous constaterions qu'il est peu de grandes lois dans lesquelles la préoccupation de classifier et de systématiser apparaisse moins. Il est vrai que le droit des obligations offre à cet égard des difficultés particulières, et que le mélange, dans le Code de 1881. des institutions civiles et commerciales, devait encore troubler l'ordre des matières. Pour ce qui est du travail de rédaction proprement dit, nous aurions à relever, même dans le texte allemand, — les *trois textes étant considérés comme originaux*, mais le texte allemand devant être. à l'ordinaire, consulté en première ligne, — une certaine gaucherie dans l'expression et plus d'une négligence. Quant au texte français, il est décidément inexact sur bien des points et d'un style qui ne rappelle guère la langue alerte et nerveuse des codifications napoléoniennes. Il a été l'objet de plus d'un commentaire désobligeant : il faut cependant reconnaître que. somme toute. il est fidèle, et c'est là l'essentiel pour une traduction.

Passant à la matière de la loi elle-même, nous voyons que notre code, au rebours de presque toutes les législations modernes (française, allemande, italienne. etc.), a soumis aux mêmes principes les obligations civiles et commerciales. Nous n'avons plus de Code

de commerce. Cette innovation doit-elle être approuvée? Voici comment le Conseil fédéral a cherché à la motiver, dans son message du 27 Novembre 1879 : « Cette tendance est en connexion avec les institutions démocratiques de la Suisse et l'esprit républicain de sa population, hostile à toute distinction de personnes. Elle est du reste justifiée par l'instruction et l'esprit commercial qui sont certainement répandus en Suisse, dans toutes les classes de la société, à un plus haut degré et d'une manière plus générale que dans tout autre pays de l'Europe. » Ces arguments, où il entre plus de conviction démocratique et de chauvinisme complaisant, que de logique, ne nous ont point édifié. Ce que l'on ne peut contester, c'est que la nature très particulière de nombreuses opérations et transactions commerciales, l'absence de formalisme et la célérité qui leur sont nécessaires, exigeraient qu'elles fussent régies par une une législation spéciale. Les négociants ont un champ d'activité distinct, ils constituent dans le monde des affaires une classe à part, ils ont besoin d'être plus protégés, ou moins protégés, selon l'occurrence, que les gens adonnés aux professions manuelles ou libérales, et l'on aurait pu, sans tomber dans le privilège, sans faillir aux commandements de l'égalité républicaine, maintenir la division fort recommandable entre Code de commerce et Code civil. Il a bien fallu, d'ailleurs, la conserver en fait, puisque nous avons l'institution du registre du commerce et puisque le système général de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite repose sur le dualisme des commerçants et des non commerçants! Mais l'expérience n'a pas été trop mauvaise, et cette innovation semble définitivement acquise à notre législation suisse.

Une autre question, plus délicate, et d'une importance pratique plus considérable, est celle de l'extrême liberté de décision laissée au juge. Non seulement notre Code est excessivement sobre de définitions et de généralités, — on a sans doute estimé qu'elles étaient superflues dans un pays où le peuple légifère en dernier ressort, — mais il remet très souvent à la jurisprudence le soin de résoudre des problèmes juridiques fort ardus. Nous sommes voués au régime de l'équité, qui est un peu celui de l'incertitude, et qui peut être celui de l'arbitraire. Le péril ne serait pas très grand, si

notre organisation judiciaire était au moins satisfaisante, si elle réclamait des juges des garanties suffisantes d'expérience et d'instruction. Mais l'organisation judiciaire est encore un domaine où l'autorité cantonale demeure à peu près souveraine, même après la revision constitutionnelle de 1898; le Tribunal fédéral n'a, en matière civile, qu'une compétence assez restreinte; et, dans la plupart des cantons, les tribunaux sont composés, du moins pour les instances inférieures, de gens qui ont reçu la mission d'appliquer les lois sans avoir eu l'obligation de les étudier au préalable. Assurément, il est sage d'accorder au juge plus de latitude que du passé; il est indispensable, en revanche, que l'Etat ait un personnel judiciaire digne de la plus entière confiance, tout ensemble intègre et capable. Le projet de Code civil suisse de 1904 n'en est pas moins allé plus loin encore dans la voie où s'étaient engagés les rédacteurs du Code des obligations, et il faut reconnaître que nombre de cantons se sont fort bien trouvés d'un pouvoir judiciaire doté de larges compétences.

Notre Code fédéral n'était qu'un commencement. Les réformes partielles font mieux sentir la nécessité des réformes complètes; nous nous féliciterons de l'avoir obtenu, déjà parce qu'il était la promesse de la codification de tout notre droit national, — et cette promesse ne tardera plus beaucoup à devenir une bienfaisante réalité pour notre pays.

TITRE PRÉLIMINAIRE

DU CONFLIT DES LOIS ET DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES DU CODE FÉDÉRAL DES OBLIGATIONS

Nous avons estimé qu'il était préférable, pour l'intelligence des matières exposées dans ce livre, d'étudier d'entrée les dispositions générales sur la force obligatoire de notre Code. Sans doute, le législateur les a placées à la fin de son œuvre, dans un titre trente-quatrième intitulé : *Dispositions transitoires*, et qui va de l'article 881 à l'art. 904. Mais il est indispensable de connaître, avant les lois elles-mêmes, quel est le champ de leur action. Au reste, la plupart des textes que nous aurons à commenter ont perdu beaucoup de leur importance pratique, puisque la période transitoire de l'application de notre Code fédéral peut être considérée comme close. Et nous pourrons condenser des explications qu'il nous avait fallu donner plus complètes dans notre édition de 1892.

Faisons observer encore, pour n'avoir plus à y revenir, que nous nous en tiendrons exclusivement au texte de la loi pour l'*interprétation* des règles adoptées dans notre Code ; le Tribunal fédéral, par exemple, s'occupe, il est vrai, beaucoup de l' « intention du législateur », mais c'est le verbe légal qui seul devrait entrer en ligne de compte. N'est-ce pas Thöl qui a dit, en ces termes catégoriques : « La loi est comme séparée du législateur dès sa publication ; elle est désormais si bien la volonté promulguée de l'autorité législative, que les intentions et les opinions des rédacteurs eux-mêmes de la loi sont indifférentes. » Si cette thèse est exacte dans une monarchie constitutionnelle ou dans une république représentative, combien ne l'est-elle pas davantage dans un Etat comme la Suisse, où le referendum facultatif met entre les mains du peuple la souveraineté législative. Or le peuple, qu'il approuve expressément ou tacitement une loi, ne se soucie point de la commenter, et rien

ne montre qu'il adhère aux opinions qui ont été développées dans les Commissions ou dans les Conseils, mais qui n'ont pas été exprimées par des textes. Et la « volonté du législateur », volonté impénétrable d'ailleurs, puisqu'elle ne se manifeste que par une affirmation générale, est tout entière dans les textes et rien que dans les textes de la loi. Nous sommes en présence d'un fait; c'est ce fait seul qui a été voulu. Ses origines importent peu, elles sont non point du droit, mais de l'histoire[1].

Les tribunaux, d'autre part, n'ont pas qualité pour décider de la *constitutionnalité* ou de l'inconstitutionnalité d'une loi émanant du pouvoir compétent pour la décréter (cfr. art. 113 de la Constitution fédérale de 1874).

Enfin, le droit public fédéral ne connaît pas l'*interprétation authentique des lois;* le sens douteux d'une disposition légale a toujours été déterminé occasionnellement, à propos des divers cas soumis aux autorités par voie de recours[2].

CHAPITRE PREMIER

Du conflit de la loi nouvelle et des lois anciennes.

SECTION PREMIÈRE

Champ d'applicabilité du Code fédéral.

§ 1. *Réserves expresses faites par ce Code en faveur du droit cantonal et de lois spéciales.*

1. On sait qu'en vertu de l'ancien article 64 de la Constitution fédérale de 1874, le Code dont nous nous occupons ne pouvait et ne devait embrasser que « *toutes* les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change »). Mais il embrasse toutes ces matières, et il les régit *absolument,* qu'il ait ou qu'il n'ait point édicté de dispositions formelles sur tels

[1] *Verhandlungen des schw. J. V.* 1885, p. 22 et s. (où M. le prof. P. Speiser développe la même thèse).

[2] Mess. du Cons. féd. du 15 Août 1879 (*Feuille féd.*, 1879, III, 181): cfr. cependant *L.-R. de Salis:* Le droit fédéral suisse (éd. 1892-1894), III, 206 et s., et *Feuille féd.*, 1890, IV, 683.

ou tels points, abstraction faite cependant de ceux qu'il a exceptés *expressis verbis* ou qui sont, de par leur nature même, soustraits à son empire ; nous y reviendrons sous nos 4 et s., en discutant l'article 881. En attendant, nous constatons que le législateur ne s'est pas borné à régler, dans le nouveau Code, les matières qui lui ressortissaient ; il a eu soin d'indiquer, d'une façon assez complète, quelles étaient celles réservées au droit cantonal ou à des lois spéciales de la Confédération.

2. Les réserves auxquelles nous avons fait allusion concernent :

1° La *forme des donations* (entre-vifs et à cause de mort) et des *contrats relatifs aux droits réels sur des immeubles* (art. 10).

2° La *responsabilité*, plus étendue que celle de l'art. 34, imposée par la loi relativement aux obligations de la *femme mariée* qui exerce un commerce, une industrie ou une profession indépendante, avec l'autorisation expresse ou tacite de son mari, et qui non seulement s'oblige sur tous ses biens, mais « oblige, en outre, soit son mari si, d'après le droit cantonal, les biens de la femme mariée passent au mari, soit la communauté si c'est sous le régime de communauté que les époux sont mariés » (art. 35, al. 2).

3° Le *pouvoir de contracter pour autrui*, en tant qu'il résulte soit de *relations de famille* ou de *succession* (puissance paternelle, tutélaire, maritale, exécuteurs testamentaires, etc.), soit du *droit public* (fonctionnaires et employés de l'Etat, des Communes, etc.) ; cfr. art. 38.

4° La *responsabilité civile* des *employés* ou *fonctionnaires publics*, à raison des dommages qu'ils causent dans l'exercice de leurs attributions (art. 64) ; cfr. art. 888.

5° La *prescription* de l'*action fondée sur les art. 50 et s.*, lorsque « les dommages et intérêts dérivent d'un *acte punissable* soumis par la législation pénale à une prescription de plus longue durée » que celle de l'art. 69, al. 1 (art. 69, al. 2).

6° Les *obligations* qui ont leur source dans les *rapports de famille* ou de *succession*, ou qui reposent sur les *principes du droit public*, sont soustraites, quant à leur *formation* — et même, nous le verrons plus loin, sous n° 103, quant à leurs *effets* et à leur *extinction*, — à l'empire du Code fédéral (art. 76).

7° L'*usure*, en ce sens qu'il appartient à la législation cantonale « d'édicter des dispositions contre les abus en matière d'intérêt conventionnel » (art. 83, al. 2).

8° Le *mode* d'*extinction* ou d'*annulation* des *créances hypothécaires* (art. 105, al. 2).

9° L'*extinction* des *créances hypothécaires* (art. 130 *in fine*), et sans doute aussi leur *formation* (cfr. art. 10) ou leurs *effets*, quoique la loi soit muette sur ce dernier point.

10° La *remise de la dette* à titre de *donation* (art. 141).

11° La *prescription* des *actions hypothécaires* et *autres qui sont régies par le droit cantonal* (art. 146, al. 3).

12° L'*extinction des créances* pour *défaut de production* ou d'*intervention* en cas d'invitation officielle et publique (art. 161).

13° La *cession* des *créances hypothécaires* (art. 198).

14° L'*engagement du bétail* par le seul effet d'une inscription sur les registres publics (art. 210, al 3).

15° L'*hypothèque des meubles*, en tant qu'*accessoires* d'un immeuble, et, dans ce cas particulier, la *distinction des biens* (art. 211, al. 1 et 3).

16° Les *rentes d'immeubles;* d'autre part, « il appartient également à la législation cantonale de restreindre ou même de supprimer complètement le droit de poursuivre en justice le paiement de créances résultant de la *vente au détail de boissons spiritueuses*, y compris les *dépenses d'auberge* » (art. 231).

17° Les effets particuliers de l'*inscription du bail* sur les registres fonciers, hypothécaires ou autres analogues, et l'*expropriation pour cause d'utilité publique* (art. 281, al. 3); cfr. art. 314 *in fine*.

18° Le *cheptel*, sous ses diverses formes, *lorsqu'il ne se rattache pas à un bail à ferme* (art. 320).

19° Les *prêts hypothécaires* et le *maximum du taux de l'intérêt licite en cette matière* (art. 337).

20° Les *art. 338 et suiv.* sur le louage de services ne dérogent ni au droit public de la Confédération et des cantons en ce qui concerne les *employés et fonctionnaires publics*, ni à la *législation fédérale sur le travail dans les fabriques* (art. 349).

21° La question de savoir s'il faut au *mandataire* des pouvoirs spéciaux pour faire, dans le cours d'une *instance*, certains actes ou certaines déclarations au nom du mandant (art. 394, al. 3).

22° Les dispositions qui figurent au titre du *mandat* ne dérogent point aux règles spéciales du droit des cantons sur les *agents de change*, *courtiers* et autres personnes qui, par profession, servent d'intermédiaires dans les affaires (art. 405, al. 2).

23° La *délégation* des *créances hypothécaires* (art. 414).

24° Les *transports* par la *poste* ou *par les chemins de fer* (art. 466); cfr. art. 888.

25° En matière de *créances hypothécaires*, le créancier doit remplir, à l'égard de la *caution* qui le désintéresse, les formalités prescrites par la loi cantonale pour la *transmission du droit d'hypothèque* (art. 507).

26° Le *contrat d'entretien viager* (art. 523).

27° Les *établissements (banques, caisses d'assurance, etc.) fondés par des lois cantonales spéciales* et administrés avec la participation d'autorités constituées sont, lorsque l'Etat se déclare subsidiairement responsable des dettes, soumis à des prescriptions

spéciales et ne sont pas régis par les art. 612 à 678 C. O., encore que le capital social ait été en tout ou en partie divisé en actions et fourni par des particuliers (art. 613); cfr. article 899.

28° Les *restrictions* apportées à la *liberté d'association* par le *droit public fédéral ou cantonal* (art. 718).

29° La *création* et la *situation* des *corporations de droit public*, des *fondations* et *autres personnes morales* (sociétés d'allmends, etc.). — art. 719.

30° Les dispositions de l'art. 812, ainsi que les dispositions spéciales du droit fédéral ou cantonal concernant l'*exécution* et les *poursuites* en *matière de lettre de change*, sont exclusivement appliquables aux *personnes et sociétés inscrites sur le registre du commerce* (art. 720, al. 2); elles ne s'appliquent pas aux réclamations s'appuyant sur des titres qui ne mentionnent pas les mots « de change » ou « chèque » (art. 842, 845).

31° La *désignation des fonctionnaires* chargés de la tenue et de la surveillance du *registre du commerce* (art. 859, al. 2).

32° Le *droit d'édicter des peines* contre ceux qui contreviendraient aux obligations imposées par les *art. 877 et 878* (art. 880).

33° L'art. 886 prescrit : *Les dispositions du présent Code sur le gage* (cfr. art. 210 à 223) *ne s'appliquent pas au droit de gage judiciaire; jusqu'à la promulgation d'une loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, cette matière demeurera régie par la législation cantonale.* Le gage « judiciaire » s'entend de celui qui est acquis au moyen de la saisie (cfr. art. 83 et s. de la loi fédérale précitée, en vigueur depuis le 1er janvier 1892).

34° L'art. 888 est ainsi conçu : *Les dispositions de la loi fédérale du 1er juillet 1875 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur demeurent en vigueur. Il n'est ni dérogé ni préjugé (?) aux lois fédérales spéciales sur la responsabilité résultant du travail dans les fabriques* (lois des 25 Juin 1881 et 26 Avril 1887).

35° L'article 889 est de la teneur suivante : *Jusqu'à l'adoption d'une loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, le droit d'attaquer les actes faits par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers reste régi par la législation cantonale.* Cette loi étant applicable depuis le 1er Janvier 1892, ce sont ses art. 285 et s. qui déterminent les conditions et les effets de *l'action paulienne* ou *révocatoire*.

36° *Dans le commerce des bestiaux (chevaux, ânes, mulets, bêtes à cornes, moutons, chèvres et porcs), on appliquera en matière de vices rédhibitoires, et jusqu'à la promulgation d'une loi fédérale sur ce sujet, soit les lois cantonales*[1], *soit le con-*

[1] Et s'il n'existe pas de « lois cantonales »? Nous ne pensons pas que le C. O. puisse être appliqué en tant que droit subsidiaire, car le législateur l'eût alors exprimé comme aux art. 64 et 896; cfr. au surplus, *A. T. F.*, XXII, p. 868.

cordat en vigueur (art. 890). Le concordat relaté ci-dessus, du 15 Août 1852, lie encore, à cette heure, les cantons de *Zurich*, *Bâle* (ville et campagne), *Thurgovie* et *Schwytz*. L'art. 890 doit d'ailleurs s'interpréter restrictivement en ce sens que le droit fédéral (C. O., art. 243 et s.) est applicable, en matière de vices *rédhibitoires*, pour le commerce de tous autres bestiaux que ceux énumérés dans le texte que nous avons transcrit. D'un autre côté, la jurisprudence admet[1] que la réserve faite à l'art. 890 ne concerne que les vices rédhibitoires légaux, c'est-à-dire désignés dans les lois cantonales ou le concordat, ensorte que notre Code régirait ceux qui ne rentrent pas dans cette catégorie. Mais cela est évidemment contraire au texte de l'art. 890, qui ne distingue pas entre les diverses espèces de vices rédhibitoires. De plus, cet article ne s'applique pas en cas de défaut des qualités promises ; à cet égard, le Code fédéral est déterminant[2]. Ajoutons qu'une loi fédérale sur la matière a été repoussée par le peuple suisse le 4 Octobre 1896, et que les cantons restent libres de légiférer dans le domaine circonscrit par l'art. 890, en faisant dépendre, par exemple, l'obligation de garantie de l'existence d'un contrat écrit[3].

37° *Jusqu'à la promulgation d'une loi fédérale sur le contrat d'assurance, les dispositions spéciales qui peuvent exister sur la matière dans le droit cantonal resteront en vigueur*[4] (art. 896). Cet article ne réservant que les « dispositions *spéciales* » du droit des cantons, les prescriptions de la partie générale de notre Code (art. 1 à 182) sont applicables comme droit subsidiaire dans les cantons en question. Dans les autres cantons, où le droit d'assurance n'a pas été réglé par la loi, on appliquera les principes généraux du Code des obligations[5]. Une loi fédérale sur le contrat d'assurance a été récemment soumise aux Chambres.

38° *Les dispositions du présent Code sur les sociétés en commandite ou anonymes ne sont pas applicables aux établissements (banques, caisses d'assurance, etc.), qui ont été fondés antérieurement au 1er Janvier 1883 par des lois cantonales spéciales et qui sont administrés avec le concours d'autorités constituées* (art. 899). Cfr. art. 613.

[1] *R. j. f.* III, 230; *A. T. F.* XXII, 868, XXIII, 178.

[2] *A. T. F.* XXIII, 814; XXVI², 175 et s.; contra, *Zeitsch des b. J.-V.*, XXXIII, 36.

[3] *A. T. F.* XXIV², 277 et s. (mais il est évident que les cantons ne pourraient exiger l'écriture pour la validité d'une vente de bétail).

[4] *Verhandlungen des schw. J. V.* erstes Heft. 1891 (rapport de M. L. Rehfous sur « les principes à édicter à la base d'une loi féd. sur le contrat d'assurance sur la vie »); Message du Cons. féd. du 2 février 1904 et projet d'une loi féd. concernant le *contrat d'assurance*. — Voir *Huber*, System des schw. P. R. III, 765 et s.

[5] *A. T. F.* XI, n° 16, XII, n° 87, XIII, n° 41, XXIX², 133 et s.

39° *Il n'est pas dérogé par le présent Code à la loi fédérale du 24 Juin 1874 sur l'hypothèque et la liquidation forcée des chemins de fer* (art. 900). Rappelons encore ici la loi fédérale du 20 Octobre 1896 sur la comptabilité des Compagnies de chemins de fer.

§ 2. *Réserves faites à l'égard des usages locaux et commerciaux.*

3. Il est impossible qu'une loi embrasse le détail de toutes les matières dont elle traite. Il se forme dès lors, à côté du droit positif, un droit coutumier reposant sur une longue et constante pratique. Ce droit coutumier n'est toutefois applicable, en Suisse, dans les domaines soumis au Code fédéral des obligations, que là où ce code l'a expressément prévu[1]. Les usages locaux ou commerciaux ne peuvent, en dehors de cela, être pris en considération que comme *lex contractus*, comme faisant tacitement partie de la convention. Il est évident que la preuve de leur existence incombe, dans tous les cas, à celui qui les invoque. Des réserves formelles en faveur « des usages locaux ou commerciaux » sont renfermées dans les articles suivants :

1° Art. 94 : Le *débiteur qui paie par anticipation* n'a le droit de déduire un *escompte*, que s'il y est autorisé par la convention ou par les *usages du commerce ;* voir aussi l'art. 83, où « l'usage » est réservé en ce qui concerne le *taux de l'intérêt.*

2° Art. 138, al. 2 : Les *usages particuliers du commerce* en matière de *compte-courant*, sont réservés dans le domaine de la *compensation.*

3° Art. 178, al. 2 : Sauf *usage* ou convention contraire, celui qui a reçu des *arrhes* les garde sans avoir à les imputer sur sa créance.

4° Art. 230 : Sauf *usage* ou convention contraire, le *vendeur et l'acheteur* sont tenus de s'acquitter simultanément de leurs obligations.

5° Art. 232 et 233, al. 1 : Sauf *usage* ou convention contraire, les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, les frais d'acte et d'enlèvement à la charge de l'acheteur, ainsi que les *frais de transport* si la chose vendue doit être expédiée en un autre lieu que celui de l'exécution du contrat.

6° Art. 260 : Sauf *usage* ou convention contraire, la *réception du prix*, en matière de *vente*, doit avoir lieu immédiatement.

7° Art. 262 : Lorsque le prix (de vente) se calcule sur le poids de la marchandise, on déduit le poids de l'emballage (tare), *sauf les usages particuliers du commerce.*

[1] *A. T. F.* XIV, 476, XVI, 572 et s.

8° Art. 266 : Le prix de vente porte intérêt, même sans interpellation, entre autres si tel est *l'usage*.

9° Art. 270 : Lorsque l'examen, dans *la vente à l'essai* ou à l'examen, doit se faire chez le vendeur, celui-ci cesse d'être lié si l'acheteur n'a pas agréé la chose dans le délai fixé par la convention ou par *l'usage local*.

10° Art. 271 : Lorsque la chose (toujours dans *la vente à l'essai)* a été remise à l'acheteur avant l'examen, la vente est réputée parfaite si l'acheteur ne déclare pas refuser la chose ou ne la rend pas dans le délai fixé par la loi ou par *l'usage local*.

11° Art. 282 : Les menus travaux de nettoyage et de réparation sont à la charge du preneur, en matière de *bail à loyer*, les grosses réparations à la charge du bailleur, — le tout suivant *l'usage local*.

12° Art. 286 : Le preneur est tenu de *payer le loyer* aux termes fixés par le contrat ou par *l'usage local*.

13° Art. 290 : Dans les *baux à loyer*, la loi n'établit de délais pour *donner congé*, que si *l'usage local* n'en fixe point (toutes conventions contraires réservées).

14° Art. 304 : Le *fermier* est chargé des *menues réparations*, conformément à *l'usage des lieux*.

15° Art. 307 : Le fermier est tenu de *payer le fermage* aux termes fixés par le contrat ou par *l'usage local*.

16° Art. 309 : Le droit de *donner congé* s'apprécie d'abord, dans le *bail à ferme*, selon le contrat, à défaut, selon *l'usage*; la loi n'intervient qu'en dernière ligne.

17° Art. 320 : Le *cheptel*, sous ses diverses formes, est, lorsqu'il ne se rattache pas à un bail à ferme, soumis au droit cantonal et à *l'usage des lieux*.

18° Art. 334 : Si le contrat n'a pas fixé le *taux de l'intérêt*, le prêt est censé fait au *taux usuel* pour les prêts de même nature; cfr. art. 83.

19° Art. 335, al. 2 : On ne peut convenir d'avance que les intérêts s'ajouteront au capital et produiront eux-mêmes intérêt, sauf les *usages contraires du commerce*.

20° Art. 342 : Dans le cas d'un *louage de services* conclu pour une année ou pour un terme fixe plus court, le contrat est réputé renouvelé par cela seul qu'aucune partie n'a donné congé, lorsque, d'après la convention ou *l'usage des lieux*, il ne peut être résilié que moyennant un congé préalable.

21° Art. 343 : Lorsque la *durée* du *louage de services* n'est déterminée ni par la convention, ni par le but même du contrat, chacune des parties peut renoncer à ce dernier en observant les délais fixés par la loi ou par *l'usage*.

22° Art. 344 : Lorsque les *services loués* sont ceux d'*ouvriers* ou de *domestiques*, et qu'il n'existe ni convention ni *usages locaux*

contraires, les deux premières semaines de service sont considérées comme un temps d'essai.

23° Art. 346 : Les conséquences pécuniaires d'une *résiliation anticipée*, pour cause de justes motifs, du contrat de *louage de services*, sont librement appréciées par le juge, qui tiendra compte uniquement des circonstances et de *l'usage des lieux*.

24° Art. 357, al. 1 : Après la livraison de l'*ouvrage*, le maître doit en vérifier l'état dans le délai *usuel*.[1]

25° Art. 392, al. 2 : Il n'est dû de rémunération au *mandataire* que si l'*usage* ou la convention lui en assure une.

26° Art. 437 : Le *commissionnaire* peut, à moins d'instructions contraires du commettant, vendre à crédit, si tel est l'*usage du commerce* dans le lieu de la vente.

27° Art. 438 : Le *commissionnaire* n'est, sauf le cas dans lequel il a fait crédit sans en avoir le droit, garant de l'exécution du contrat par le débiteur que s'il a expressément assumé cette responsabilité, ou si tel est l'*usage du commerce* dans le lieu où il est établi.

28° Art. 440. Pour les affaires qui n'ont pu être exécutées, le *commissionnaire* n'a droit qu'à une indemnité, à raison de ses démarches, selon l'*usage de la place*. Cfr. en outre art. 445.

On a soulevé la question de savoir si les cantons pouvaient être autorisés à fixer législativement les usages locaux ou commerciaux réservés par les articles ci-dessus. Quelque utilité qu'il puisse y avoir à régler la matière des usages par le moyen d'une loi, — à les rendre ainsi plus uniformes et moins incertains dans une même contrée, — nous ne croyons pas que le législateur cantonal soit compétent pour transformer arbitrairement du droit coutumier en droit écrit et pour le faire passer, comme tel, avant le droit fédéral. D'autre part, il ne suffit pas, pour établir l'existence d'un usage local ou commercial, d'invoquer des dispositions abrogées du droit cantonal, qui étaient observées avant l'entrée en vigueur du Code fédéral des obligations[2]. Elles ne peuvent être invoquées que comme *lex contractus*, que comme complément de la volonté des parties, lorsque notre loi ne les réserve pas expressément et qu'il s'agit d'ailleurs de stipulations rentrant dans le domaine du droit

[1] On ne saurait cependant admettre, malgré le texte français de l'art. 357, alin. 1, que les usages locaux aient été réservés par cette disposition ; la vérification doit avoir lieu aussitôt que posssible, d'après la marche habituelle des affaires (arrêt du T. F. du 28 Déc. 1896, *J. d. T.*, XLV, 160). Voir n° 472.

[2] *H. E.* VI, 172, *A. T. F.*, XIII, 318, *R. j. f.* VII, 1 (arrêt du *T. F.*, du 13 Sept. 1888). XI, 92, et *Motifs*, 415; cfr. *A. T. F.*, XXIII, 770 et s. (voir cependant *A. T. F.*, XXVI[2], 318 et s., où il a été reconnu qu'une loi cantonale pouvait fixer, à défaut de conventions particulières, un mode d'établissement des tarifs d'usage entre patrons et ouvriers). *Sem. jud.*, 1900, 785 et s. (article de M. le prof. A Martin).

permissif. Les usages ne constituent du droit coutumier que là où ils sont réservés, et à condition que leur existence soit dûment établie.

§ 3. *Portée générale de ces réserves, notamment de celles sub. § 1.*

4. Il n'est point difficile, ce semble, de résoudre les conflits pouvant surgir entre le Code fédéral et des lois spéciales de la Confédération ou des cantons, lorsque ces dernières ont été expressément réservées, d'une manière complète ou partielle, peu importe. Ces lois spéciales doivent alors être appliquées, dans les limites exactes où elles sont maintenues, qu'elles renferment d'ailleurs des dispositions analogues ou contraires à celles de notre Code, à moins que l'autorité législative d'un canton, par exemple, n'ait introduit les parties correspondantes du droit fédéral comme droit complémentaire, dans l'un ou l'autre des domaines réservés ou dans tous (voir loi bernoise du 31 Décembre 1882, etc.).

L'art. 881 [1] dispose, au surplus : *Le présent code entrera en vigueur le 1er Janvier 1883. Toutes les dispositions contraires tant du droit fédéral que des législations cantonales sont abrogées, sauf les exceptions résultant des articles suivants,* — et des articles précédents (cfr. nº 2) où des réserves expresses ont été formulées en faveur de la législation antérieure. Il va de soi, en effet, que notre Code ne vise aucunement les matières soustraites à son empire, quand bien même elles se rattacheraient à certains égards au droit des obligations ; ce qui est le cas, entre autres, du contrat de mariage, des pactes successoraux, des contrats se rapportant à des immeubles, ou du compromis, du concordat, etc., qui rentrent soit dans la procédure civile, soit dans la procédure d'exécution. En ce qui concerne la *transaction*, le Tribunal fédéral avait décidé, dans un arrêté du 31 Janvier 1890, qu'elle était régie par les principes généraux du C. O. Mais cette solution n'était admissible que si on la restreignait aux transactions sur des objets relevant du Code de 1881, et c'est bien dans ce sens que notre tribunal d'instance supérieure paraît avoir fixé sa jurisprudence par un arrêt du 2 Mai 1899, et tout récemment encore dans un cas de vente de droits successifs (arrêt du 13 juillet 1903 [2]). Aux termes de l'art. 3 de la Constitution fédérale, les cantons ne sont plus sou-

[1] *Zeitschrift f. schw. R.* nouv. sér., IV (travaux de MM. les prof. Roguin et Schneider). *Haberstich*, II, 11 et s. *Hafner*, préface, 16. *Huber*, *System des schw. P. R.*, III, 663. *O. Kellenberger : Das Verhæltniss des schw. O. R. zum kant. R.*, Zurich. in-8º, 1890, *Mess.* du *Cons. féd.* du 16 Novembre 1880. *Schneider et Fick*, 1068 et s. *Zeitsch.* des *b. J.-V.*, XXIII, 23.

[2] *Sem. jud.*, 1899, 566, *J. d. T.*, LI, 605 et s. *M. Reutter :* Etude de la transaction, in-8º, Neuchâtel, 1895.

verains que dans les différentes branches de l'administration ou de la législation qui n'ont pas été attribuées au pouvoir fédéral. Aussi bien, dès que la Confédération a édicté, sur des matières rentrant dans sa compétence, une loi en exécution de quelque texte de la charte fédérale, cette loi emporte, même implicitement, abrogation de la législation cantonale sur le même objet. Et cette dernière n'est pas seulement abrogée dans celles de ses prescriptions qui sont « contraires » à celles du droit fédéral; c'est tout le droit cantonal correspondant qui cesse d'être en vigueur, qu'il soit « contraire » ou non au droit fédéral, que le droit fédéral contienne ou ne contienne pas de dispositions sur tel ou tel point particulier. Comme l'a décidé le Tribunal fédéral[1] : « Pour autant que le contraire n'est pas dit d'une manière expresse (comme c'est le cas, par exemple, à l'article 896), le Code fédéral des obligations constitue un droit *absolument obligatoire* dans toute l'étendue de la Confédération, et non point seulement un droit commun subsidiaire. Dans la mesure des limites dans lesquelles il est applicable, sa force obligatoire est absolue : elle n'est point subordonnée à la condition que la législation cantonale ne renferme pas de dispositions, ou du moins pas de dispositions spéciales; la législation cantonale ne peut ni étendre, ni restreindre le domaine soumis à l'empire du droit fédéral. On ne peut dès lors admettre que l'application des dispositions du C. O. à des matières déterminées dépende de l'existence ou de la non-existence de prescriptions spéciales du droit des cantons à ce sujet, et qu'ainsi le C. O. puisse être appliqué dans un canton, et non pas dans un autre, selon l'état des diverses législations cantonales. » Tel est le principe, que nous croyons incontestable.

5. Ce principe demande à être examiné en détail, et dans toutes ses conséquences. Pour le rapporter à notre Code, voyons d'entrée ce qu'il faut comprendre par « droit des obligations ». Selon les uns, et la controverse sur ce point est d'une importance capitale, le « droit des obligations » régi par le C. O. embrasse ce droit tout entier, pour autant que des réserves expresses n'ont pas été formulées ; selon d'autres, il convient d'expliquer les termes « droit des obligations » à la lumière de l'art. 64 de la Constitution fédérale et d'admettre que notre Code ne porte sur le droit des obligations qu'en tant qu'il s'agit du « commerce et des transactions mobilières. » Le débat se précise en face de l'importante question que voici : Le C. O. s'applique-t-il, dans sa partie générale (comprenant les titres I à IV incl., non le titre V, quoi qu'on en ait dit; ce dernier traite effectivement de la « cession des créances », soit d'un contrat en particulier et ressortit dès lors à la partie spéciale), aux contrats réservés au droit des cantons, comme aux ma-

[1] *A. T. F.* XII, 630, XIII, 202, XIV, 629, etc : voir, en particulier, ad. art. 231.

tières des transactions mobilières et du commerce, ou ne s'applique-t-il qu'à celles-ci ? Ainsi, les dispositions du C. O. sur l'erreur, le dol, la violence, la demeure, etc., sont-elles applicables aux ventes d'immeubles, que l'article 231 réserve au droit cantonal ? Plusieurs théories ont été exposées à cet égard par MM. Schneider, Huber, Hafner et d'autres.

Il semble que l'esprit, sinon la lettre, de l'art. 64 de la Constitution fédérale, milite en faveur de l'opinion de MM. Huber et Hafner. D'après eux, seraient abrogées, comme contraires au droit fédéral, toutes les prescriptions cantonales qui rentrent dans les domaines régis par le C. O., implicitement et explicitement. Or notre code entend régler, de façon complète, toute la partie générale du droit des obligations, pour autant qu'il ne réserve pas expressément, à ce point de vue, le droit cantonal (cfr. art. 10. 35. 38. 64, etc.) ou qu'il n'y renvoie pas, et cela même en ce qui a trait aux diverses catégories de contrats pour lesquelles il a expressément maintenu la législation des cantons. Ne pas admettre cette solution, n'est-ce pas restreindre, d'une manière peu conforme à l'intérêt public, le champ d'applicabilité du C. O. et conduire, dans la pratique, à des résultats pour le moins étranges, puisqu'un meuble ou un immeuble (cfr. art. 231) ayant été vendu, par exemple, une créance hypothécaire (cfr. art. 198) ou une créance ordinaire cédée, la rescision du contrat pour vice du consentement dépendrait de prescriptions tout à fait différentes, selon que le droit cantonal ou fédéral serait déterminant ? Nous estimons donc que les réserves faites par le C. O. en faveur de certaines matières rentrant dans le droit des obligations et qui sont abandonnées aux lois cantonales (la question est sans intérêt quant aux lois mêmes de la Confédération), ne visent que les prescriptions *spéciales* du droit des cantons sur ces matières et que la partie *générale* du C. O. régit toutes les obligations, à l'exception des seules réserves expresses faites dans les livres I à IV inclusivement et des rapports juridiques soustraits, de par leur nature, à l'empire du nouveau droit.

Mais cette thèse est en contradiction avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui a interprété l'art. 231, al. 1. C. O. en ce sens que les dispositions de ce texte, à teneur desquelles les ventes d'immeubles restent soumises au droit cantonal, ont un caractère absolu et général, et que les titres I à IV ci-dessus sont inapplicables aux ventes immobilières. Cette décision peut être invoquée à l'égard de toutes les matières réservées au droit cantonal dans la partie spéciale de notre Code, car les mêmes arguments pourraient servir dans toutes les hypothèses ; il est bien à remarquer que les réserves faites au profit du droit cantonal ne sont pas invariablement formulées de la même manière, mais la diversité des formules employées (cfr. art. 231, al. 1, 337, 414, etc.) est sans influence sur

la solution de la controverse qui nous occupe. Voici, au demeurant, les passages les plus caractéristiques de l'arrêt du 3 Décembre 1887[1] :... « Même en laissant de côté le point de savoir si, en présence de l'art. 64 de la Constitution fédérale, le législateur fédéral aurait été compétent pour régler la matière des ventes d'immeubles, l'intention évidente de la loi a été d'abandonner aux cantons le soin d'organiser les transactions immobilières de la manière qu'ils jugeaient conforme à leurs besoins et à leurs institutions. Or ce but ne serait atteint que d'une manière incomplète, si l'on considérait les dispositions générales du C. O. comme s'appliquant aux ventes d'immeubles. On ne saurait méconnaître, en effet, que l'application de plusieurs de ces dispositions aux ventes immobilières aboutirait précisément à la suppression d'un certain nombre des prescriptions du droit immobilier cantonal... Ainsi il est incontestable que la réserve de l'art. 231, al. 1, avait pour but de laisser à la législation cantonale le droit d'édicter, au sujet des conséquences de la demeure du débiteur, en matière de vente d'immeubles, d'autres règles que celles des dispositions générales du C. O., en excluant, par exemple, l'application du principe de l'art. 122, dans les cas où l'acquéreur serait en demeure pour le prix de vente. Il est de même hors de doute qu'on entendait autoriser la législation cantonale à déclarer inadmissibles, en matière de ventes d'immeubles, certaines conditions dont le caractère licite résulterait au contraire de l'ensemble du nouveau Code, etc. Mais des dispositions législatives cantonales de cette nature seraient inconciliables avec la théorie qui veut que les ventes immobilières soient soumises à la partie générale du C. O., ou même se rapportant simplement à des points réglés directement ou indirectement par la partie générale de ce Code... Etant donnée la connexion intime qui existe et l'action réciproque qui s'exerce entre les dispositions générales et spéciales du droit des obligations, l'adoption d'un pareil système entraînerait nécessairement une grande insécurité quant au maintien des prescriptions du droit cantonal, ainsi que de nombreuses complications dans la pratique. Il convient donc, comme il a déjà été dit, d'interpréter l'article 231, al. 1, C. O. conformément à son texte. en ce sens qu'il réserve le droit cantonal, en matière d'immeubles d'une manière générale et sous tous les rapports, à l'exception toutefois des dispositions contraires qui peuvent se rencontrer dans d'autres lois fédérales, par exemple dans celle sur la capacité civile... » Le seul argument très fort, sinon décisif, en faveur de la thèse du Tribunal fédéral, est celui qui est développé en dernier lieu et qui est tiré du texte très général de la loi. L'essentiel, d'ailleurs, dans des questions douteuses comme celle-ci, est qu'il y ait une jurisprudence

[1] A. *T. F.* XIII, 506 et s. Voir, en outre, ad art. 231.

fixe. Et celle du Tribunal fédéral est demeurée constante sur ce point.

Ainsi, d'après le Tribunal fédéral, *la partie générale du C. O. ne serait pas applicable aux contrats réservés au droit cantonal*, même à ceux réservés dans la partie spéciale du dit Code, à moins que le législateur cantonal lui-même n'en eût disposé autrement, en abrogeant les prescriptions correspondantes de ces lois et en introduisant, mais à titre de droit cantonal, le droit fédéral comme droit complémentaire — ce qu'il a fait, en général (loi bernoise du 31 Décembre 1882, etc.).

SECTION DEUXIÈME

Du principe de la non-rétroactivité des lois[1].

§ 1. — *Généralités*.

6. L'art. 2 du C. civ. fr. s'énonce ainsi : « La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a pas d'effet rétroactif ». Si la loi est souveraine, si l'intérêt public l'emporte aux yeux du législateur sur l'intérêt privé, la conséquence nécessaire en doit être qu'une loi nouvelle régira même les rapports juridiques nés avant sa promulgation. Mais la logique ne peut toujours gouverner la vie; et la rétroactivité des lois, quelque logique qu'elle paraisse en théorie, a dû être sacrifiée aux exigences du droit. Ne serait-il pas injuste qu'une loi nouvelle pût bouleverser des situations que l'on était fondé à croire définitives ? Et l'intérêt privé rejoint ici l'intérêt social, en ce que nul ne doit avoir sujet de craindre qu'un changement de législation ne compromette ou n'anéantisse des droits antérieurement acquis, en portant atteinte à sa condition actuelle au double point de vue de son état et de son patrimoine. La rétroactivité érigée en principe n'aboutirait à rien autre chose qu'à l'insécurité des relations juridiques et engendrerait une méfiance universelle envers celle des institutions humaines qui a le plus besoin d'être respectée : la loi.

[1] *Haberstich*, I, 38 et s. *Schneider et Fick*, 1070 et s. *Hafner*, 307. *Mess. du Cons. féd.* du 16 Novembre 1880. *J. Heuberger:* Die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit des schw. O. R., Brugg, 1885. *G. Carlin :* Erörterung des art. 882 al. 3 des schw. O. R., Bâle, 1886, *E. Stœcklin :* Essai sur la collision, dans l'ordre du temps, etc., Lausanne, 1886. *A. T. F.*, XVI, n° 14.

Ces quelques considérations ont engagé les rédacteurs du C. civ. fr. à déclarer que, d'une manière générale, *la loi ne rétroagit pas;* mais cette règle ne peut être acceptée, dans ses termes absolus, et la plupart des législations modernes ne se sont pas bornées à adopter une solution, qui, pour avoir le mérite de tenir en deux ou trois mots, n'en soulève pas moins bien des difficultés d'application; elles sont entrées dans quelques détails, s'appropriant les résultats de la jurisprudence et de la doctrine en cette délicate matière.

Ainsi que le Conseil fédéral l'exposait dans son message du 16 Novembre 1880, les prescriptions de notre Code sur la rétroactivité des lois sont empruntées « à la théorie de Savigny, d'après laquelle les effets juridiques d'événements qui se sont produits avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, ou, en d'autres termes, la naissance, l'acquisition de droits ou d'obligations en raison de ces événements, continuent à être régis par la législation antérieure... tandis que la question de savoir si ces droits subsistent, ou non, et quelle est la nature juridique ou la portée d'un état de choses existant, se résout d'après la nouvelle loi ». Cette doctrine a été exprimée dans la forme la moins abstraite qu'il fût possible de lui donner, par l'art. 882 C. O.

7. Il n'y a d'exceptions faites au principe de la non-rétroactivité de la loi, que lorsqu'elles sont expressément décrétées par le législateur, ou lorsqu'elles découlent de la nature des choses, comme c'est le cas, par exemple, pour les *lois interprétatives* qui rétroagissent toujours, puisqu'elles confèrent à une disposition légale antérieure, la signification qu'elle est censée avoir eue *ab initio;* ces exceptions, d'autre part, seront strictement limitées, car elles ouvrent la porte à l'arbitraire. Il est bien entendu, en revanche, que la règle de la non-rétroactivité ne constitue pas une restriction apportée à l'omnipotence législative, à moins qu'elle ne soit consacrée par la Constitution même de l'Etat.

Nous passons à l'examen des textes du C. O. et nous distinguons :

1° Art. 882, al. 1 et 2 : *Les effets juridiques de faits antérieurs au 1er Janvier 1883 restent régis, même après cette date, par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire desquelles ces faits se sont passés. — En conséquence, par rapport à leur force obligatoire et à leurs effets, les actes accomplis avant le 1er Janvier 1883 restent soumis, même postérieurement à cette date, à la loi en vigueur à l'époque où il y a été procédé.* Ici, la non-rétroactivité est donc absolue, comme le voulait Savigny; notre loi n'entend pas s'en prendre aux *droits acquis.* Les « faits » *(Thatsachen)* visés par l'art. 882 ont un sens très général: ce mot, comme l'indique son équivalent allemand, est envisagé à la fois dans son acception active et passive. En outre,

ces « faits » sont incontestablement des *faits juridiques*[1], c'est-à-dire des circonstances destinées à créer, transformer ou éteindre un droit. Ils sont soumis, même quant à leurs conséquences, à la loi en vigueur au temps où ils se sont produits; dès lors, tous les effets juridiques d'un contrat passé antérieurement au 1er Janvier 1883 demeurent régis par la loi ancienne, même en ce qui concerne ceux de ces effets qui ne se manifesteraient que sous l'empire de la loi nouvelle. Comme le dit le Tribunal fédéral[2] : « C'est ainsi qu'un contrat consenti conditionnellement sous la loi ancienne est définitivement lié, bien que sa réalisation dépende encore d'un événement incertain; l'accomplissement de la condition sous l'empire d'une loi nouvelle ne peut avoir pour conséquence de soustraire le contrat lui-même aux règles de la loi ancienne, sous les auspices de laquelle l'intention concordante des parties l'avait placé à son origine. » Par les « effets juridiques » de l'art. 882, al. 1, il faut comprendre, au reste, tous les effets juridiques, généraux ou particuliers, peu importe.

2° Art. 883, al. 3 : *Au contraire, les faits postérieurs au 1er Janvier 1883, notamment la transmission ou l'extinction d'obligations nées antérieurement à cette date, sont régis par le présent Code. Quant aux délais qui ne seraient pas encore écoulés le 1er Janvier 1883, on applique les dispositions de l'art. 883.* Cette règle est comme la contre-partie de celle admise dans les deux premiers alinéas de l'art. 882. Dès l'instant où le législateur ne déterminait par la loi antérieure que les faits contemporains de cette loi, il en résultait forcément que l'extinction des droits issus de ces faits devait être placée sous le régime de la loi postérieure, si c'est durant la période d'application de cette dernière que l'extinction se produisait. En somme, l'art. 882, al. 3, pourrait s'énoncer ainsi : les faits juridiques nés après le 1er Janvier 1883 sont régis par le Code fédéral, pour autant qu'ils ne constituent pas des effets juridiques de faits antérieurs à cette date ; mais on ne tiendra pas pour des « effets juridiques », entre autres, la transmission ou l'extinction des obligations, circonstances qui, eussent-elles lieu après le 1er Janvier 1883, sont soumises au Code fédéral, même si elles se rattachaient à des rapports de droit nés antérieurement[3]. L'art. 882, alin. 3, s'applique, en somme, à des *faits indépendants* d'extinction ou de transmission.

[1] A. *T. F. X*, 143, 365, *XI*, 83, *XII*, 193, 660, *XIII*, 239, 244 ; *R. j. f.* III, 226.

[2] *A. T. F. X*, 143.

[3] *J. d. T.* XLIII, 13 (arrêt du T. F., du 2 Nov. 1894 : les conséquences de l'inexécution d'un contrat survenues après le 1er Janvier 1883 sont régies par le C. O.) LII, 281; *A. T. F.*, XXII, 1256 et s. (le fait de savoir si un acte consenti par un représentant sans pouvoirs a été ratifié par le représenté appelle l'application du droit fédéral, l'acte lui-même fût-il soumis au droit cantonal ; *ibid*, XXII, 1275 (effets d'un paiement régis par le droit nouveau) XXIX², 132 et s. ; voir n° 8 et s.

§ 2. *Applications du principe et exceptions.*

8 Nous connaissons les deux principes formulés par l'art. 882. Il nous reste à les appliquer et à signaler les exceptions que la loi peut y avoir faites. Mais, en dehors des applications et des dérogations spécialement déterminées par notre Code, il est toute une série de questions qui sont abandonnées à la jurisprudence et que nous croyons devoir exposer à grands traits. Nous commencerons même par celles-ci, en signalant les quelques décisions de nos tribunaux.

I. Applications.

9. 1° *Par la jurisprudence.* Les questions tirant leur origine du conflit des lois anciennes et nouvelles devaient se présenter fort nombreuses durant les premières années de la mise en vigueur du C. O. Elles sont devenues fort rares. Aussi nous bornerons-nous à résumer ici quelques arrêts plus ou moins importants.

a) Ad art. 882, al. 1 et 2. Le point de savoir si les effets juridiques d'une clause de déchéance stipulée dans un *contrat d'assurance* souscrit antérieurement au 1er Janvier 1883 doivent être appréciés conformément au droit cantonal en vigueur lors du contrat. a été tranché affirmativement. De même, un contrat d'assurance passé en 1880, consenti originairement pour une année et successivement renouvelé jusqu'en 1884, en vertu d'une clause qui emporte renouvellement tacite si une dénonciation n'a pas lieu, doit être considéré comme conclu pour un temps indéterminé, puisque ses effets n'ont à prendre fin qu'ensuite de dénonciation expresse; et, comme une dénonciation n'est pas intervenue, c'est en réalité le contrat de 1880 qui est encore en vigueur, c'est-à-dire un acte accompli avant le 1er Janvier 1883 et dont la force obligatoire est régie par la loi ancienne[1]. Les conséquences de la *demeure* sont fixées par l'ancien droit, quand l'obligation est née avant le 1er Janvier 1883[2]. L'admissibilité de la *compensation* se règle d'après le droit ancien (cantonal) et non d'après l'art. 131 C. O., lorsque la créance contre laquelle on veut compenser est née avant le 1er Janvier 1883 (la loi cantonale n'admettait *in casu* la compensation, que si celui qui prétendait l'opposer possédait une créance constatée de la même manière que celle de l'autre partie)[3]. Le *transfert*

[1] *H. E. XIV*, 103, *A. T. F. X*, 143, *XI*, 83, *XVI*, 783, *XXIX*[1], 133 et s.; cfr. en matière de *sociétés*, *A. T. F.*, *XVI*, 361 et s., *XVII*, 114, *XXII*, 1066.

[2] *R. j. f.* III, 57 : cfr. *Schneider et Fick*, p. 1077.

[3] *R. j. f.*, III, 106. *Contra*, et avec raison, *ibid.* III, 158. M. *Carlin* admet que la compensabilité se règle d'après le droit en vigueur au moment de l'échéance de la dernière échue des créances entre lesquelles la compensation doit avoir lieu ; l. c., 50.

de la propriété mobilière, valablement effectué avant l'entrée en vigueur du C. O., reste valable alors même qu'il n'a pas été suivi d'une mise en possession réelle depuis la promulgation de la loi nouvelle[1]. L'art. 293 C. O. ne peut être invoqué ni par le bailleur, ni par les héritiers du preneur, pour obtenir la résiliation de *baux* passés avant le 1er Janvier 1883[2]. Une exception dilatoire, fondée sur le défaut d'avertissement de la *caution* (art. 500, al. 2), doit être rejetée, quand le cautionnement a été souscrit avant le 1er Janvier 1883, et que le droit cantonal en vigueur alors n'exigeait pas l'accomplissement de cette formalité[3].

b) Ad art. 882, al. 3. Les *faits délictueux* survenus depuis le 1er janvier 1883 sont régis, quant à leurs effets, par le droit nouveau[4]. La loi n'établissant pas de distinctions entre les diverses causes d'extinction des obligations, il faut admettre que la règle de l'art. 882, al. 3, s'applique aussi à l'extinction par suite d'exécution (dans le sens de : *Erfüllung)*, pour autant que l'exécution n'est pas déterminée par le contenu de l'obligation, qui serait décisif. Ainsi l'effet d'un paiement, opéré sous l'empire du droit nouveau, à l'égard d'une créance née antérieurement au 1er Janvier 1883, est soumis au Code fédéral, et il en est de même des *modalités du paiement*, de l'obligation pour le créancier de délivrer une quittance, d'annuler le titre, etc., tandis que la nature juridique de la créance en question s'appréciera d'après l'ancien droit[5]. L'exception tirée de la *novation* est à juger d'après le C. O., lorsque les faits qui doivent la motiver sont postérieurs au 1er Janvier 1883[6]. La *prescription* étant un mode d'extinction des obligations, elle s'applique en matière de droit de change même aux effets souscrits avant l'entrée en vigueur du C. O.[7]. La question de la validité d'une *cession* intervenue depuis le 1er Janvier 1883 sera tranchée

[1] *R. j. f.* III, 60.

[2] *R. j. f.* III, 106.

[3] *Zeitschrift des bern. J. V. XXII*, 258. *A. T. F.*, *XX*, 174; cfr. *ibid.*, *XXII*, 1256 et s. (inapplicabilité de l'art. 503 aux cautionnements souscrits avant le 1er Janvier 1883).

[4] *A. T. F. X*, 366. — La rupture de *fiançailles* ne constitue pas un acte illicite, ensorte que ses effets sont régis par le droit cantonal (*A. T. F.*, *XV*, 426 et s.).

[5] *A. T. F. X*, 279; cfr. *ibid.*, *XXIX*², 133 et s. *R. j. f.* I, 73, *IV*, 97 (C. O. applicable, bien que l'obligation soit née avant le 1er janvier 1883, lorsqu'il s'agit d'une *cause générale d'extinction* (un paiement) et non d'une cause qui ne serait que la conséquence d'une convention, hypothèse dans laquelle il faudrait appliquer le droit cantonal). *Ibid.* II, 66. (: on admet, dans cet arrêt, que le paiement étant un moyen d'exécution, et non d'extinction, des obligations, il est régi pour les obligations formées avant le 1er Janvier 1883, par l'ancien droit, — ce qui est faux). Voir, pour la question des *intérêts*, *A. T. F. XXII*, 842.

[6] *A. T. F. XI*, 109.

[7] *R. j. f.* II, 59, 99.

d'après le droit nouveau [1]. L'art. *510* C. O. déroge aux dispositions contraires du droit cantonal, toutes les fois que la faillite du débiteur principal s'est produite après le 1er Janvier 1883, et la *caution* ne peut invoquer que le dit art. 510, quelle que soit la date de l'obligation que son cautionnement garantit [2]. L'art. *547*, en vertu duquel la dissolution de la *société* peut être demandée, s'il y a de justes motifs, avant le terme fixé par le contrat, est applicable même aux sociétés formées avant la promulgation du C. O. C'est, en revanche, d'après l'ancien droit qu'il faut examiner le point de savoir si les associés ont exécuté, même postérieurement au 1er Janvier 1883, les obligations réciproques que le contrat leur imposait [3]. Le C. O. est applicable en ce qui concerne la responsabilité d'une *société en nom collectif* fondée avant le 1er Janvier 1883, pour tous les actes accomplis après cette date par un associé, — du moins vis-à-vis des tiers ; entre associés, et sous réserve de l'art. 891, c'est le droit en vigueur lors de la conclusion du contrat de société qui fait règle [4]. Les effets *d'endossements* postérieurs au 1er Janvier 1883 sont régis par la législation nouvelle, bien que le titre endossé ait été souscrit avant la dite époque [5].

10. 2° *Par le Code fédéral lui-même.* Nous suivons l'ordre des articles et nous signalons en passant l'art. 13 de la loi féd. du 22 juin 1881 sur la capacité civile.

a) Art. 893, al. 1 : *Dans les cas où le présent Code introduit un délai de prescription de cinq ans ou davantage, on tient compte du temps écoulé pour les prescriptions qui ont commencé avant le 1er Janvier 1883 ; mais, dans cette hypothèse, la prescription ne sera considérée comme accomplie qu'après l'expiration de deux ans au moins à partir du 1er Janvier 1883.* Il est bien entendu que la nouvelle loi n'influe en rien sur les prescriptions déjà accomplies au moment de son entrée en vigueur et que, si elle introduit une prescription inconnue des Codes cantonaux, cette prescription ne pourra dater que du 1er janvier 1883 [6]. D'un autre côté, la prescription de droits que la législature antérieure déclarait imprescriptibles, et qui peuvent se prescrire d'après la loi nouvelle, ne court que dès la promulgation de celle-ci. Quant aux prescriptions déjà commencées avant l'application de la loi postérieure, mais non consommées à cette époque, le C. civ. fr., art. 2281, les règle « conformément à la loi ancienne », tandis, par exemple, que

[1] *A. T. F. XIII*, 240.
[2] *R. j. f. VI*, 80.
[3] *R. j. f. VIII*, 97.
[4] *A. T. F. XIV*, 323 ; cfr. *ibid., XIX*, 764 (*soc. en commandite*).
[5] *A. T. F. XII*, 323.
[6] *R. j. f. IV*, 146, *Schneider et Fick*, 1080 et s.

le Code civil fribourgeois (art. 2169, al. 2) ne les déclare accomplies que « conformément au présent Code », soit au nouveau droit. Mais ces deux solutions sont injustes dans leurs résultats, et nous les avons écartées. Ainsi, pour reprendre le texte de l'art. 883, al. 1, toutes les fois que le C. O. établit des prescriptions de *cinq ans ou davantage* — (cfr. art. 146, 147, 69, al. 1, *in fine*, 206, 362, al. 2, 586, (611). — qu'il substitue à celles du droit cantonal, on tient compte du temps écoulé avant le 1er Janvier 1883, et le principe de la non-rétroactivité est sauvegardé ; mais, dans l'intérêt général, et afin de parer aux dangers que présente toujours une période de transition, notre Code ajoute que la prescription de cinq ans ou davantage « ne sera jamais considérée comme accomplie qu'après l'expiration de *deux ans au moins* à partir du 1er Janvier 1883. » Et maintenant, nous pourrions nous demander si l'art. 883, al. 1, dans sa dernière partie, ne s'applique qu'aux prescriptions « introduites » par le C. O., c'est-à-dire *différentes* de celles de l'ancien droit, ou à toutes les prescriptions de cinq ans ou davantage, qu'elles concordent ou non avec celles de la législation antérieure. Cette question n'offre plus d'intérêt pratique aujourd'hui, pas plus que celle de savoir si les mots : « mais dans cette hypothèse », etc., ont trait uniquement aux *nouveaux délais* de prescription qui ont pour résultat *d'abréger en fait les anciens*. En vertu des termes très précis de l'art. 883, al. 1, il y a lieu, en cas de conflit entre les législations ancienne et nouvelle, de prendre en considération le temps écoulé avant le 1er Janvier 1883, et d'ajouter 2 ans au moins, à partir de cette date, dans *toutes* les circonstances où, à teneur des délais de prescription établis par le droit cantonal, la prescription n'aurait été accomplie que postérieurement au dit 1er Janvier 1883 ; ceci malgré l'opinion du Tribunal fédéral[1] et de MM. Carlin et Hafner. Soit une prescription de 30 ans réduite à 10 ans par le C. O. et qui a couru pendant 29 ½ ans jusqu'au 1er Janvier 1883 ; elle ne s'est accomplie que le 1er Janvier 1885.

b) Art. 883, al. 2 : *Les délais plus courts, fixés par le présent Code en matière de prescription ou de péremption* (voir ad. art. 146), *ne commencent à courir que du 1er Janvier 1883*, — quelle qu'ait été leur durée sous le régime de la loi antérieure, et quel que soit le laps de temps déjà prescrit à l'époque de l'entrée en vigueur du C. O. Dans ces cas, la prescription *recommence* à courir, et l'on néglige le temps durant lequel elle avait couru avant le 1er Janvier 1883.

c) Art. 883, al. 3 : *L'interruption de la prescription est exclusivement régie, à partir du 1er Janvier 1883, par les disposi-*

[1] *A. T. F. XII*, 685. Voir, au surplus, *Haberstich*, I, 70, *Schneider et Fick*, 1081 et s., *R. j. f. IV*, 40.

tions du présent Code (cfr. art. 154). Il en sera de même pour les causes de *suspension* de la prescription.

d) Art. 887 : *Les droits de rétention reconnus par le présent Code* (cfr. art. 224 et s.) *s'étendent également aux objets qui se trouvaient à la disposition du créancier avant le 1er Janvier 1883. — Il peut s'en prévaloir même à raison des créances nées avant le 1er Janvier 1883* (al. 1 et 2). On pourrait croire que ces dispositions dérogent au principe de la non-rétroactivité ; il n'en est rien cependant, puisque le *fait* de la possession est la base du droit de rétention et que l'art. 887, al. 1 et 2, suppose ce fait existant encore après le 1er Janvier 1883 ; le moment où la possession a commencé est indifférent. *Les droits de rétention qui ont pris naissance antérieurement à cette date sont régis, quant à leurs effets, par le présent Code* (al. 3). Cette partie de l'art. 887 constitue une exception à la règle de la non-rétroactivité ; nous y reviendrons sub II ci-après.

e) Art. 892 : *Le fondé de procuration et le représentant ou mandataire commercial engagent, par les actes postérieurs au 1er Janvier 1883, la responsabilité du chef de la maison conformément aux dispositions du présent Code, encore que la procuration ou les pouvoirs dont ils sont investis aient été donnés antérieurement à cette date* (cfr. art. 422 et s.). C'est donc à *l'égard des tiers*, le droit nouveau qui est applicable ; *inter partes*, les effets des pouvoirs se déterminent d'après la loi en vigueur lorsqu'ils ont été conférés [1].

f) Art. 894 : *Les faits et circonstances qui, d'après le présent Code, sont soumis à la formalité de l'inscription sur le registre du commerce* (cfr. art. 859) *doivent y être portés, encore qu'ils remontent à une époque antérieure au 1er Janvier 1883. Toutefois, il est accordé à cet effet un délai de trois mois, jusques et y compris le 31 Mars 1883.* Cet article ne déroge pas non plus à l'art. 882, al. 1, car l'inscription n'est qu'une mesure d'ordre, et un délai de trois mois est accordé pour s'y conformer avant que puissent se produire les effets du défaut d'inscription. Le fait, d'ailleurs, que l'ancienne loi n'exigeait pas d'inscription n'aurait pu constituer un droit acquis.

g) Art. 895 : *Bien qu'un cautionnement accordé ou un gage constitué* (cfr. art. 489 et s. et 210 et s.) *après le 1er Janvier 1883 se rapporte à une créance antérieure à ce jour, l'existence et les effets de ce cautionnement ou de ce gage n'en sont pas moins déterminés par les dispositions du présent Code.* Ceci n'est qu'une application pure et simple de l'art. 882, al. 3, car, bien que le cautionnement et le gage soient des contrats accessoires, ils ne

[1] *A. T. F. XIV*, 323.

résultent pas moins de faits juridiques distincts qui, s'ils sont postérieurs au 1er Janvier 1883, se trouvent régis par le C. O.

h) Art. 897: *Les dispositions du présent Code sur les droits des créanciers dans la faillite d'une société ou d'un associé* (cfr., art. 566 et 608, et 567, 609, 610) *ne sont pas applicables aux faillites ouvertes avant le 1er Janvier 1883. — Mais si la faillite a été ouverte postérieurement à cette date, les relations respectives des créanciers sont régies par la nouvelle législation tant dans la faillite d'une société que dans la faillite particulière d'un associé, encore que la société ou les créances aient pris naissance avant le 1er Janvier 1883.* Cette dernière solution se justifie par l'excellente raison que les créanciers non privilégiés n'acquièrent de droits spéciaux sur le patrimoine du débiteur, qu'en cas de faillite de ce dernier et au moment de l'ouverture de sa faillite. Mais la faillite constitue un fait juridique indépendant, dont les effets se règlent suivant la loi en vigueur à l'époque où elle s'ouvre (art. 244 et suiv., 219 L. P.).

i) Art. 901 : *La responsabilité résultant de l'apposition d'une signature sur une lettre de change* (cfr. art. 720, al. 2, 722 chiff. 5, 726, 729, 730, 732 et s., 739 et s., 778, 808, al. 1, 811) *et l'admissibilité de l'exécution selon les règles spéciales en matière de lettre de change, s'apprécient d'après la loi en vigueur à l'époque où la signature a été donnée. — Au contraire, à partir du 1er Janvier 1883, la forme du protêt* (cfr. art. 814 et s.) *et la procédure à fin d'annulation des titres au porteur* (cfr. art. 850 et s.) *sont soumises, dans tous les cas, aux règles tracées par le présent Code.* Cet art. 901 ne concerne que la nature objective, le genre et l'étendue de la responsabilité du débiteur ; il ne vise nullement la justification des droits du créancier, celle-ci s'opérant d'après la loi applicable à l'époque où il a acquis ses droits. Au reste, les effets d'un engagement de change sont, comme ceux de tous les contrats, soumis à la loi contemporaine de l'engagement contracté. [1]

k) Art. 903 : *Les dispositions du présent Code relatives à l'obligation de tenir et de produire en justice des livres de comptabilité* (cfr. art. 877 et s.) *entrent en vigueur dès le 1er Janvier 1883, même pour les chefs de maisons existant déjà à cette date.*

II. Exceptions.

11. Le législateur ne déroge que très exceptionnellement au principe de la non-rétroactivité. Il s'en est écarté dans les cas suivants :

a) Art. 884 : *Les effets du gage* (il en est de même pour ceux du

[1] *A. T. F. XII*, 323, 326. Voir d'autres arrêts, que nous nous contentons d'indiquer : *R. j. f. I*, 13, *II*, 67, *V*, 117 (solution inexacte), *VI*, 162, etc.

droit de rétention, d'après l'art. 887, al. 3, *précité*), *les droits et les obligations du créancier-gagiste, de celui qui a constitué le gage et du débiteur, sont déterminés, à partir du 1er Janvier 1883, par les dispositions du présent Code* (cfr. art. 211, 216 et s. 223), *encore que le gage ait été constitué antérieurement* (al. 1). Cette solution peut à la rigueur s'expliquer, mais on ne voit pas pourquoi le législateur dispose le contraire en matière de cautionnement (art. 895, arg.). Quoi qu'il en soit, la loi rétroagit absolument en ce qui touche, non pas la *validité* du contrat de gage lui-même, soumise, sauf l'art. 885, à la loi en vigueur au moment de la naissance du contrat, mais les *effets* de gages constitués avant le 1er Janvier 1883[1]. Le deuxième alinéa de l'art. 884 consacre, en outre, une heureuse exception au principe de la non-rétroactivité: *Toute clause qui, antérieurement au 1er Janvier 1883, aurait valablement autorisé le créancier à s'approprier le gage, est sans effet à partir du dit jour* (cfr. art. 222).

b) Art. 885 : *Toute garantie mobilière constituée au profit du créancier antérieurement au 1er Janvier 1883, sans qu'il y ait eu transmission de possession en sa faveur, et existant encore à cette date, s'éteint* (sauf le cas de l'art. 210, al. 3), *si les lois cantonales n'ont pas fixé un délai plus court, six mois après l'échéance de la créance, et, pour les créances échues antérieurement au 1er Janvier 1883, avec le 1er Juillet de la dite année. — S'il s'agit de créances dont l'échéance est subordonnée à un avertissement préalable, les six mois courront du premier jour pour lequel cet avertissement pouvait être utilement donné* (cfr. art. 149, al. 2). — *Cette prescription est interrompue par l'introduction d'une procédure tendant à la réalisation du gage, si cette procédure est poursuivie sans nul arrêt* (cfr. art. 886).

c) Art. 891 : *En cas de prolongation tacite d'un bail à loyer* (pour le *bail à ferme*, même principe[2], bien que la loi soit muette sur ce point), *d'un louage de services* (cfr. art. 342), *d'un contrat de société ou d'association* (cfr. art. 545, chiff. 5, 572, 611, 898), *on applique à ces contrats les dispositions du présent Code*, — car il y a, en cette matière, intérêt pour le public en général à ce que la loi rétroagisse. Mais l'art. 891 ne s'étend pas aux contrats dénonçables ; il se réfère uniquement à ceux qui sont tacitement renouvelables par suite de l'expiration du terme fixé[3].

d) Art. 898 : *Si les statuts d'une association ou d'une société par actions* (cfr. art. 678 et s., 612 et s.) *régulièrement constituée*

[1] *A. T. F. X*, 561, *XI*, 67. cfr. *ibid. XV*, 138 (concernant l'engagement des *accessoires* d'un immeuble).

[2] *R. j. f.* III, 73. *J. d. T.*, 1893, 679.

[3] R. *j. f. IX*, 9; cfr. *A. T. F.*, *XI*, 83, *XVI*, 689, *XXII*, 1066 et s. ; *R. j. f.*, *III*, n° 107 (l'art. 891 inapplicable au contrat *d'assurance*).

avant le 1er janvier 1883 sont en contradiction avec les dispositions du présent Code, ils peuvent néanmoins rester en vigueur sans changements jusques et y compris le 31 Décembre 1887. Si les représentants d'une semblable société par actions sont limités par les statuts dans leur droit d'agir en son nom, cette limitation est opposable même aux tiers de bonne foi, nonobstant l'article 654, al. 2 du présent Code, pour toutes les affaires conclues jusqu'au 31 Décembre 1887, à la condition que les dits statuts aient été dûment enregistrés (cfr. art. 894). — *A partir du 1er Janvier 1883, les dispositions du présent Code entrent également en vigueur pour les sociétés par actions mentionnées à l'alinéa 1er, par rapport à toutes les affaires conclues postérieurement à cette date. Dans les cas où les statuts n'auraient pas été mis auparavant en harmonie avec les dites dispositions, les administrateurs et contrôleurs de ces sociétés sont soumis à la responsabilité déterminée par les art. 671 à 675, et tout créancier non entièrement désintéressé, ou tout actionnaire, a le droit de demander en justice la dissolution immédiate de la société*[1]. Cfr., en outre, art. 616, 680, etc.

e) Art. 902 : *Les raisons de commerce existant au 1er Janvier 1883 et qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent Code* (cfr. art. 867 et s.) *peuvent être maintenues sans modification jusqu'au 31 Décembre 1892. Toutefois, si une raison subit un changement quelconque avant cette dernière époque, elle doit être mise immédiatement en harmonie avec le Code.* Le législateur s'est préoccupé de concilier l'intérêt public avec l'intérêt particulier ; il est certain que, dans bien des cas, un préjudice considérable eût été causé à des raisons de commerce si on les avait forcées de se conformer, à bref délai, aux prescriptions du nouveau Code ; elles ont, pour s'y conformer, jusqu'au 31 décembre 1892, sauf l'art. 902 *in fine*.

12. *Disposition commune.* Elle résulte de l'art. 904, ainsi conçu : *Si le juge est dans le doute sur l'époque à laquelle un acte a été fait (par exemple, lorsqu'il s'agit d'un endossement en blanc), la présomption milite en faveur de l'application du présent Code.* La question de savoir s'il y a doute se résout d'après la procédure cantonale.

---

[1] *A. T. F.*, *XII*, 363, *H. E. V*, 17.

CHAPITRE II

Du conflit des lois nationales et étrangères.

13. Nous venons de discuter la question des conflits entre le C. O. et le droit cantonal ou des lois spéciales de la Confédération. Il nous reste à rechercher ce qu'il en est des conflits entre notre Code, qui ne renferme d'ailleurs aucune disposition sur cette matière [1] (voir cependant art. 822, et loi féd. sur cap. civile, art. 10), et les lois étrangères.

En principe, les juges ne sont liés, pour trancher les contestations qui leur sont soumises, que par les lois de leur pays. Cependant des raisons de convenance réciproque ont engagé les Etats à permettre ou même à prescrire, sur leur propre territoire, l'application, dans de certaines limites, de la législation des autres Etats. Nous sommes ici dans le domaine du *droit international privé*, et, comme notre Code ne traite que du droit des obligations, notre tâche se trouve considérablement simplifiée, les conflits entre lois nationales et lois étrangères, ainsi que les grandes controverses qui s'y rattachent, s'élevant surtout à propos du droit de famille, des successions, du régime matrimonial, etc. Nous nous bornerons dès lors à appeler l'attention sur quelques points importants, en faisant observer, au préalable, que si les deux parties requièrent devant les tribunaux l'application du droit suisse, c'est la législation fédérale qui sera censée avoir régi leurs conventions dès la formation de celles-ci. [2]

14. *Capacité de s'obliger*. Bien que la question soit fort discutée en doctrine, presque toutes les législations admettent encore le principe de l'application de la loi *d'origine* quant à l'*état* et à la *capacité* des personnes (jouissance et exercice des droits civils, minorité, majorité, interdiction, émancipation, capacité de contracter mariage et même de contracter en général, etc.). Pour ce qui

[1] A. *T. F.* XI, 363, XVI, 795.

[2] A. *T. F.* XXI, 865 et s.; cfr. arrêt du T. F., du 3 Avril 1903, *J. d. T.*, LII, 163 et s. (si le droit étranger est applicable et que les parties ne l'aient pas invoqué, on appliquera le droit suisse).

est toutefois de la capacité de contracter en général, l'art. 10 de la loi fédérale sur la capacité civile du 22 Juin 1881 prescrit : *Les dispositions de la présente loi s'appliquent à tous les ressortissants suisses, soit qu'ils résident en Suisse, soit qu'ils demeurent à l'étranger. — La capacité civile des étrangers est régie par le droit du pays auquel ils appartiennent* (al. 1 et 2), — c'est-à-dire, par leur loi nationale[1]. Le statut personnel, qui embrasse donc particulièrement la matière de la capacité civile, s'attache à la personne des ressortissants suisses lorsqu'ils ont transféré leur domicile à l'étranger, à moins qu'ils n'aient changé de nationalité, renoncé à leur droit de cité suisse et obtenu la libération prévue à l'art. 8 de la loi fédérale du 3 Juillet 1876[2] (voir les art. 7 et s. de la loi nouvelle sur la naturalisation, du 25 Juin 1903), — le tout sous réserve, à l'égard des engagements qu'ils prendraient à l'étranger et qui y seraient exécutés, de dispositions contraires des lois du pays où l'obligation s'est formée.

Mais nous n'avons point exagéré l'application du principe de la personnalité ; nous l'avons même notablement restreinte dans le 3me alinéa de l'art. 10 précité (voir aussi art. 822 C. O.) : *Toutefois l'étranger*[3] *qui, d'après le droit suisse, posséderait la capacité civile, s'oblige valablement par les engagements qu'il contracte en Suisse, lors même que cette capacité ne lui appartiendrait pas selon le droit de son pays.* Ainsi un Français âgé de vingt ans révolus, et qui n'est pas majeur selon la loi française fixant à vingt et un ans l'âge de la majorité, mais bien à teneur de la loi suisse, passerait valablement dans notre pays un acte de vente ou tout autre contrat; et notre art. 10, al. 3, ne distingue pas suivant que le co-contractant a, ou n'a point connu le fait que l'autre partie était incapable aux termes de sa loi d'origine. Cette dérogation, admise par la législation ou la jurisprudence de la plupart des Etats, à la stricte application du système de la personnalité, a pour but de prévenir les fraudes et d'augmenter la sécurité des transactions ; au demeurant, elle frappe non seulement les étrangers domiciliés en Suisse, mais même ceux qui se bornent à y résider.

15. *Obligations ex contractu.* 1° Relativement à la *forme* des contrats, nous avons la règle universellement adoptée, et qui était appliquée déjà pendant le moyen âge : *locus regit actum;* en conséquence, un contrat est parfait au point de vue de la forme, lorsqu'il répond aux exigences de la loi du lieu où il est passé, et quand bien même il devrait être exécuté dans un pays dont la législation consacre des formes différentes. Par « formes », on entend les

[1] *R. j. f.* XII, 96 (arrêt du T. F. du 6 Avril 1894).
[2] *A. T. F.* XIV, 338 et s.
[3] *R. j. f.* VI, 45.

formalités extrinsèques, qui sont établies *solennitatis*, ou aussi *probationis causâ*. La règle *locus regit actum* a-t-elle un caractère *impératif*, ou simplement *facultatif?* L'opinion générale, en France comme en Allemagne, lui attribue un caractère facultatif, faute de dispositions légales contraires, ensorte que les parties seraient autorisées à suivre soit les formes du lieu où le contrat est conclu, soit celles du lieu où il sera exécuté. On admet toutefois que la *lex loci* s'impose à l'observation des parties, lorsqu'elles sont de nationalités différentes.

2° En ce qui a trait aux *effets* d'un contrat, c'est en première ligne d'après la loi à laquelle les intéressés ont entendu les soumettre, qu'il convient de les apprécier [1]. Si leur volonté à cet égard ne peut être constatée, il faut appliquer la loi du lieu qu'ils ont nécessairement ou vraisemblablement eu en vue, soit, par exemple, dans un contrat de vente, la loi du lieu de l'exécution [2] *(lex loci solutionis)*, du moins quand le contrat devait être exécuté dans un lieu autre que celui où il a été passé. Si cette dernière circonstance faisait défaut, nous pensons qu'il serait rationnel de soumettre les effets du contrat, en l'absence d'une intention différente des parties, à la loi du pays où la convention s'est formée. La loi du pays où l'acte est exécuté pourra cependant toujours être invoquée, lorsque cet acte, autorisé par la loi du pays où il a pris naissance, est prohibé par la loi du lieu d'exécution [3]; ainsi la stipulation d'un *pacte commissoire* (art. 222 C. O.) serait annulable en Suisse, bien qu'elle fût intervenue sous l'empire d'une loi qui ne l'interdisait point.

Nous donnons ci-après quelques solutions de la jurisprudence suisse ou étrangère. C'est la loi du lieu de l'exécution du contrat qui fixe, en principe, les conséquences de la *demeure* du débiteur [4]. Il en est de même pour la question de savoir si une *caution* est en droit d'opposer le bénéfice de discussion ou de division. Même décision pour les effets d'un *mandat*, si bien qu'un mandat donné de

[1] A. *T. F.* XIX, 369 (« dans une série d'arrêts, le T. F. a déclaré que les effets d'un contrat, en ce qui concerne le droit applicable, doivent, pour autant qu'ils dépendent de la volonté des parties, être régis par la loi du lieu qu'elles ont considérée comme décisive à cet égard, ou dont elles pouvaient et devaient, tout au moins, raisonnablement et équitablement admettre l'application »), XX, 74 et s., 1407 et s., etc.

[2] *R. j. f.* IX, 43; *A. T. F.* XVI, 795, XXI, 95 et s., XXIV[2], 434 et s. La solution de la *lex loci contractus* gagne du terrain dans la doctrine internationale (A. *Weiss*, Manuel de droit intern. privé, 2me édit., in-8°, Paris, 1899, p. 530).

[3] *A. T. F.* XII, 381 (: les tribunaux suisses devront appliquer les *dispositions d'ordre public* du C. O. même aux obligations qui se seraient formées sous l'empire d'une loi étrangère); cfr. *ibid.* XXII, 540 et s.

[4] *R. j. f.* IX, 43,

Genève à Paris pour la conclusion d'un marché à terme offrant les caractères d'un jeu ou d'un pari, serait régi par la loi française et serait dès lors valable [1] (art. 1965 C. civ. fr., loi franç. du 20 Mars 1885). En matière de *compensation*, c'est sans doute la loi du domicile de celle des parties à laquelle la compensation est opposée qui devra entrer en ligne de compte. notamment quant à son admissibilité à l'égard de la créance que l'on veut compenser. Les conditions et les effets d'une *cession* sont en principe déterminés, faute de convention contraire, par la loi du domicile du cédant [2]. La *prescription* des actions se règle, suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral [3], non point comme l'admettent certains auteurs d'après la loi du domicile du débiteur, mais d'après la loi par laquelle l'obligation elle-même est régie, quant à son essence et à ses effets [4].

16. *Obligations ex lege.* Les effets des actes qui donnent naissance à des obligations non-contractuelles et fondées sur la loi elle-même (obligations *ex lege*), les effets de celles résultant d'actes illicites et de quasi-contrats sont régis par la loi du lieu où s'est passé l'acte qui a engendré l'obligation, à moins de dispositions prohibitives excluant l'application de la loi étrangère. « Les obligations nées d'un *quasi-contrat*, dit le Tribunal fédéral [5], sont soumises à la loi du lieu de l'acte sur lequel l'obligation se fonde... et c'est en particulier le cas de l'obligation ensuite de perception de l'indû, qui donne lieu à la *condictio indebiti* », — à laquelle la loi du pays où le paiement a été effectué est donc applicable. A l'égard des obligations résultant d'*actes illicites*, il faut, pour qu'un acte commis à l'étranger soit illicite et donne droit à des dommages et intérêts sous l'empire da la loi suisse, qu'il soit un acte illicite aussi bien dans le sens de la loi étrangère que de la loi nationale. Ses effets pécuniaires seront déterminés d'après la législation du lieu où la réparation du préjudice causé est demandée.

17. Disons enfin que la doctrine et la jurisprudence rejettent en général l'ancienne règle : *mobilia ossibus inhaerent*, ou *mobilia personam sequuntur*. Les meubles sont régis par les lois réelles,

[1] Voir cependant *A. T. F.* XII, 381, XIII, 503.

[2] *A. T. F.* XVIII, 522; cfr. *ibid.*, XXIII, 818 et s. (la question de savoir si une cession opérée à l'étranger est *simulée* se juge d'après la loi étrangère).

[3] *A. T. F.* XII, 682, *J. d. T.*, XLVII, 26 et s., et note (arrêt du T. F. du 16 Sept. 1898).

[4] En ce qui concerne la *rente* (*A. T. F.* XII, 346, 619, XV, 335, 353, XVI, 181, 795, XVIII, 350, XIX, 369, 927, XXVI[1] 740), le *louage de services* (*ibid.*, XV, 313, XIX, 862), la *société* (XII, 348, XVIII, 230), le *chèque* (X, 375, XXVI[1], 258 et s.).

[5] *A. T. F.* XII, 342, XIX, 298, XXVI[1], 268 et s.

relativement à la distinction des biens, aux droits de gage et de rétention qui peuvent les grever, à leur revendication, etc.; et il importe peu que les meubles soient corporels ou incorporels. Il est vrai que, d'après certains auteurs[1], tout droit réel, mobilier ou immobilier, est régi par la loi personnelle de son titulaire, dans la mesure permise par l'intérêt de l'Etat sur le territoire duquel se trouve la chose qui en fait l'objet.

---

[1] *Weiss*, l. c., 505.

TITRE PREMIER

DE LA FORMATION DES OBLIGATIONS

INTRODUCTION

18. L'obligation est un lien de droit qui astreint une ou plusieurs personnes, spécialement, à une certaine prestation au profit d'une ou de plusieurs autres personnes. Elle consiste, comme le porte l'art. 241 du Code civil allemand, dans un *faire* ou un *ne pas faire (facere, non facere, — Leistung, Unterlassen)*. Le *faire* embrasse aussi le *donner*, le *dare* de la définition romaine; le *non faire* comprend également la nécessité juridique dans laquelle se trouve le débiteur de *tolérer* telle chose ou telle autre de la part du créancier.

Une obligation suppose forcément le concours de deux personnes déterminées : d'un *créancier* en faveur de qui elle naît et d'un *débiteur* qui en assume l'exécution. Elle constitue donc une *charge* pour celui-ci, un *droit* pour celui-là, ensorte qu'on la peut considérer au double point de vue actif et passif. Envisagée au point de vue actif, elle reçoit en général le nom de : *créance*; considérée au point de vue passif, elle s'appelle communément : une *dette*. *L'obligation civile* procure au créancier le bénéfice d'une action; quant aux obligations civiles imparfaites, que l'on a improprement désignées sous le nom d'*obligations naturelles* (voir ad art. 72, al. 2), ce sont des liens juridiques qui, sans conférer au créancier le droit de recourir aux voies légales d'exécution, engendrent du moins une exception à son profit en ce qu'elles ne donnent lieu à aucune répétition lorsque le débiteur a payé. Les unes sont « naturelles » dès leur naissance, telles que celles qui naissent du jeu ou du pari, du devoir de rémunérer des services quand celui qui les a rendus ne pourrait obtenir le paiement d'un salaire en justice, des engagements d'honneur, etc. Il en est d'autres qui survivent à

des obligations civiles éteintes, ainsi en matière de dettes prescrites et sans doute de remises concordataires. Elles ne peuvent être cautionnées ni les unes ni les autres, quoique la question soit très controversée (voir toutefois art. 492, alin. 3); elles ne sauraient non plus faire l'objet de la compensation légale, ni servir à l'établissement d'un droit de rétention.

18 *bis*. Le C. O. ne s'étend pas, nous le savons, à toute la matière des obligations. Ainsi ne s'applique-t-il nullement à celles résultant des relations de famille, des rapports de succession, de tutelle, etc., ni à celles se formant dans le domaine des droits réels sur des immeubles. Il n'attribue au mot : obligations que le sens restreint que nous avons précédemment cherché à fixer. L'obligation diffère d'ailleurs des droits réels, des *jura in re*, en ce qu'elle constitue exclusivement sur le bien qui en fait l'objet un pouvoir opposable au seul débiteur, tandis, par exemple, que le propriétaire — la propriété étant le type et même la somme des droits réels sur une chose — possède à l'égard de son immeuble, ou de son meuble, des facultés telles qu'elles l'autorisent à empêcher tout autre que lui d'en disposer de quelque manière que ce soit. L'acheteur d'un cheval ne peut en exiger la délivrance que de la part du vendeur; le propriétaire d'un cheval pourrait le revendiquer (voir cependant art. 205 et s.) contre toute personne. Bien plus, l'obligation a, dans le système de notre Code, outre son caractère personnel, un caractère spécial et temporaire, en ce qu'elle n'affecte que pour un temps la liberté d'action du débiteur et ne l'affecte que partiellement; les obligations, au contraire, qui dérivent des relations de famille ont un caractère général et permanent.

Notons encore que l'intérêt pécuniaire n'est point de l'essence de l'obligation (cfr. art. 15, 17), ainsi qu'on peut l'inférer du silence de la loi sur ce point.

19. Les sources des obligations sont au nombre de quatre :

1° Les *contrats*, ou obligations conventionnelles ;

2° Les *actes illicites* (délits et quasi-délits) ;

3° Les *faits licites* (quasi-contrats) ;

4° La *loi*, — cette source comprenant, en réalité, celles sub chif. 2 et 3.

Mais la principale source des obligations est le contrat.

CHAPITRE PREMIER

Des obligations résultant d'un contrat.

SECTION PREMIÈRE

De la conclusion des contrats.

§ 1. *De la conclusion des contrats en général.*

20. La convention ou le contrat, car les deux termes sont synonymes dans le langage de notre loi, n'est autre chose que l'obligation créée, modifiée ou éteinte par l'accord de deux personnes. On distingue entre les *contrats synallagmatiques* (que l'on appelle aussi bilatéraux), où les deux parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre, et les *contrats unilatéraux*, lorsque l'une des parties est obligée envers l'autre sans qu'il y ait d'engagement pris de son côté par cette dernière : la vente est le type des contrats synallagmatiques, le prêt n'est plus, en droit fédéral (cfr. art. 321 et 329), mais le cautionnement reste un modèle de contrat unilatéral; les *contrats synallagmatiques imparfaits* sont ceux qui, tel le dépôt, n'engendrent au moment de leur formation qu'une seule obligation, mais peuvent en produire à la charge de l'autre partie en raison de faits postérieurs au contrat. On distingue encore entre *contrats de bienfaisance* et *contrats à titre onéreux*, selon qu'ils procurent à l'une des parties un avantage purement gratuit, ou selon qu'ils sont intéressés de part et d'autre; entre *contrats consensuels*, parfaits par le seul consentement des parties, *contrats réels*, qui exigent en outre la tradition de l'objet matériel de la convention, *contrats solennels* dont la loi subordonne la validité, ou même l'existence, à l'observation de certaines formes, etc.

Mais il est inutile d'entrer dans plus de détails sur ces classifications. Ajoutons cependant que les contrats sont non seulement destinés à créer, à modifier, à éteindre des obligations, mais aussi à transférer la propriété ou à constituer d'autres droits réels sur les choses.

21. L'art. 1 du C. O. renferme une définition du contrat qui a revêtu, dans le texte français, une forme au moins originale : *Il*

n'y a contrat que si les parties ont manifesté d'une manière concordante leur volonté réciproque. Cette manifestation peut être expresse ou tacite. A cette rédaction, évidemment défectueuse, puisqu'il est de l'essence de toute définition acceptable d'être affirmative, nous proposerions de substituer celle-ci : « Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur consentement; cette manifestation peut être expresse ou tacite ». Il découle de l'art. 1 :

1° Que deux personnes au moins doivent concourir à la formation du contrat;

2° Qu'elles doivent *manifester* l'une et l'autre, c'est-à-dire déclarer en propres termes ou par des faits concluants, leur volonté de contracter, une entente non manifestée étant dès lors insuffisante;

3° Qu'elles doivent s'être mises d'accord sur l'objet de leur convention;

4° Enfin qu'aucune forme n'est prescrite, en principe, pour la validité des contrats.

Il est évident, au surplus, que la loi civile n'astreint personne à contracter, si ce n'est en vertu de dispositions très exceptionnelles, comme en matière de postes, de télégraphes, de chemins de fer, où certaines administrations sont tenues de passer des conventions de transport; il en est de même dans certaines professions (médecins, notaires, etc.), où la conclusion d'un mandat ou d'un louage de services peut être obligatoire.

La question de savoir si un contrat est réellement intervenu, dans des circonstances déterminées, est une question de fait que le juge apprécie librement en tenant compte des éléments de preuve qui lui sont fournis[1]. C'est, en revanche, une question de droit[2] que celle de décider s'il existe une obligation de répondre à une offre et si le silence doit être interprété comme une acceptation. En thèse générale, il est impossible de tenir pour un principe juridique l'adage courant « qui ne dit rien consent » ; et le silence n'emporte acceptation, que lorsqu'il s'est produit dans des conditions telles qu'il y a lieu de le tenir pour une adhésion pure et simple (cfr. art. 4 et s.); il suffit effectivement de consulter l'une ou l'autre disposition de notre loi, les art. 5, al. 3, et 393, par exemple, où le législateur envisage le silence comme pouvant équivaloir à une acceptation, pour se convaincre que c'est là une exception, et, qu'à l'ordinaire, c'est le contraire qu'il convient d'admettre.

Les conséquences du défaut de manifestation de volonté sont exposées aux art. 18 à 28; la simulation tombe sous le coup de l'article 16; la capacité de contracter est régie par les art. 29 à 35.

[1] *A. T. F.* XV, 107, XVIII, 127, 139, XIX, 921, XXII, 1175, XXIII, 833.

[2] *A. T. F.* XII, 316.

22. S'il est indispensable, pour qu'il y ait contrat, que les parties aient manifesté expressément ou tacitement leur volonté de s'obliger, il n'est pas absolument nécessaire qu'elles aient tout discuté et tout prévu ; le défaut d'accord sur les détails n'empêche pas le contrat d'être parfait, si l'on s'est entendu sur les points importants. C'est ce que nous enseigne, en ces termes, l'art. 2, applicable non seulement aux contrats par lesquels des obligations sont créées, mais aussi à ceux qui ont pour but de mettre fin à des obligations préexistantes[1] : *Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, elles sont présumées avoir entendu s'obliger définitivement, encore qu'elles aient réservé* (expressément ou tacitement) *certains points secondaires* (al. 1). Il faut comprendre par « points essentiels », outre ceux qui sont les éléments primordiaux et constitutifs de tout contrat, ceux à l'égard desquels on doit admettre que, faute d'accord sur eux, les parties n'eussent point contracté (un objet et un prix dans la vente, par exemple), ceux qui devaient exercer, dans l'ordre naturel des choses, une sérieuse influence sur la détermination des parties. Nous nous trouvons de nouveau en présence de questions de fait dont l'appréciation est abandonnée aux tribunaux. Il a été reconnu, entre autres, que, dans une association fondée en vue d'un établissement industriel ou commercial à créer dans un pays d'outre-mer, le choix du pays était un *essentiale negotii*, et, qu'en l'absence d'une entente à ce sujet, le contrat n'existait pas. Par contre, la simple circonstance que la forme écrite avait été réservée, ou que telles clauses plus détaillées avaient été renvoyées au moment de la rédaction du contrat, ne met pas obstacle à ce qu'il y ait une convention obligatoire pour les parties[2].

Les « points secondaires » sont ceux qui, soit expressément prévus, soit nécessaires pour faire produire à la convention tous ses effets normaux, n'ont rien ou ne doivent rien avoir de décisif aux yeux des intéressés, comme ce qui a trait aux frais de transport, ou, dans certains cas, à la date de la livraison, aux diverses modalités naturelles de l'exécution du contrat. Il se peut, au demeurant, qu'un point, secondaire en soi, ait été regardé comme essentiel par les contractants, et il est évident alors, qu'à défaut d'un accord sur ce point, la convention ne s'est pas formée[3]. Si les points secondaires, dans l'hypothèse où les parties ne les ont pas considérés comme essentiels, n'ont pas été arrêtés et si une entente ne peut intervenir à ce sujet, le deuxième alinéa de notre article dispose : *A défaut d'accord sur ces points secondaires, le juge les règle*

[1] *A. T. F.* XI, 525 ; *Hafner*, ad. art. 2.
[2] *A. T. F.* X, 582 ; cfr., *ibid.*, XII, 367, XVIII, 824.
[3] *A. T. F.* XX, 510 et s.

en tenant compte de la nature de l'affaire. On a constaté que la loi ne s'occupe pas des opérations préliminaires à la conclusion définitive du contrat *(Punctationen)*. Lorsque les parties n'ont fixé l'un ou l'autre point que dans l'éventualité où un contrat serait réellement passé, elles ne sont engagées de ce chef que si cette dernière éventualité se produit. Lorsqu'elles ont fait un *pactum de contrahendo*, lorsque, par exemple, l'une d'elles s'est obligée à vendre une chose à l'autre, ce pacte donne à celle-ci une action aux fins d'obtenir l'exécution de l'engagement assumé. Mais il faut, pour que ce pacte soit valable, que son objet soit suffisamment déterminé, et la convention conclue en vertu d'un pacte semblable serait nulle, si le pacte lui-même devait être frappé de nullité [1].

22 *bis*. Si les tractations n'aboutissent pas, l'une des parties n'a pas le droit, en principe, de demander une indemnité à l'autre, pour les dépenses qu'elle aurait faites en vue de la conclusion du contrat projeté [2].

23. Le 3me al. de l'art. 2 ajoute : *Il n'est pas préjugé* (c'est-à-dire *dérogé) par les présentes dispositions aux prescriptions concernant la forme des contrats*. Ceci veut dire sans doute que si la loi exige que des contrats soient reçus dans une certaine forme, cette forme doit être observée pour qu'il y ait perfection du contrat, indépendamment d'une entente sur les points essentiels (cfr. art. 9 et s.).

§ 2. *De la conclusion des contrats qui se forment entre présents et absents par suite d'offre ou de demande* [3].

24. Le consentement réciproque des parties, qui est l'un des éléments constitutifs de tout contrat, se produit de la manière suivante : l'un des futurs contractants fait une offre que l'autre accepte, ou présente une demande qui est agréée par l'autre. Les rédacteurs de notre Code ont employé une expression uniforme pour désigner l'offre et la demande, ou plutôt ils ne distinguent pas entre elles et se servent, dans les art. 3 et s., exclusivement du mot : *offre*, correspondant au terme plus général *(Antrag)* du texte allemand. On appelle aussi *pollicitation* l'offre que fait une personne dans le but de provoquer la conclusion d'un contrat ; la simple pollicitation ne

[1] *R. j. f.* XIV, 7 (arrêt du T. F. du 12 Octobre 1895).

[2] *A. T. F.* XX, 1167 et s.

[3] *Vertragsabschluss unter Abwesenden nach schw. O. R.*, par J. Maag, Zurich, in-8°, 1891. Voir aussi *Zeitsch. für schw. R.*, n. sér. IV, 363 (article de M. le prof. König) et *J. d. T.*, XLV, 257 et s. (étude que nous avons publiée sur l'art. 5, alin. 3).

donne, en général, naissance à aucun droit au profit de celui à qui elle s'adresse (voir toutefois les art. 3 et s. C. O.).

Le Code Napoléon ne contient aucune disposition sur la matière des offres[1]. Notre Code édicte, en revanche, une série de prescriptions destinées à trancher quelques-unes des controverses qui existent dans ce domaine.

25. *Toute personne*, dit l'art. 3, *qui propose à une autre la conclusion d'un contrat en lui fixant un délai pour accepter, est liée par son offre jusqu'à l'expiration du délai. Elle est dégagée si l'acceptation ne lui est pas parvenue avant le terme fixé*. Il s'agit donc, dans cette première espèce, d'une offre faite *avec un délai pour l'accepter*. L'auteur de l'offre n'est pas autorisé à la retirer pendant le délai pour lequel il s'est engagé, car il est tenu unilatéralement, de par la loi elle-même, pendant tout le délai pour accepter[2] (voir toutefois art. 6 et 7). Il ne faut pas croire, au reste, qu'un délai dans le sens de l'art. 3 ne puisse être fixé qu'expressément ; il peut résulter des circonstances. Mais dès l'expiration du délai, arrivé sans qu'il soit *parvenu (bei ihm eingetroffen)* jusqu'alors d'acceptation de l'auteur de l'offre, celle-ci tombe *ipso jure*, et il n'est pas besoin de la révoquer. Au surplus, il convient d'admettre que l'auteur de l'offre, ou ses héritiers, demeurent obligés, dans l'hypothèse de l'art. 3 (même solution pour les articles suivants), quand bien même le pollicitant viendrait à mourir ou serait frappé d'incapacité civile pendant le délai pour accepter.

Nous avons insisté tout à l'heure sur le mot : *parvenu* de notre texte, qui a résolu, en faveur de l'opinion prédominante, une question longtemps débattue. Certains auteurs voulaient, en effet, que l'auteur de l'offre fût lié, alors même que l'acceptation ne lui serait point parvenue, mais aurait été exprimée dans le délai fixé. La théorie du C. O. est fort rationnelle; bien plus, elle était la conséquence forcée des principes énoncés à l'art. 1. Pour qu'il y ait consentement, il faut, outre la coexistence de deux volontés dirigées vers un même but (la formation du contrat), le *concours* de ces deux volontés, qui n'est obtenu que lorsque l'auteur de l'offre a connaissance de l'acceptation de l'autre partie. Ainsi A. propose à B. de lui vendre 100 sacs de blé à 30 fr. le sac, en lui fixant un délai de dix jours pour accepter ; si l'acceptation de B. n'est pas parvenue au sieur A. dans les dix jours (cfr. art. 88), celui-ci est dégagé, même si B. avait manifesté son intention d'accepter et que son acceptation, pour une cause ou pour une autre, fût-ce sans aucune faute de sa part, n'eût pas été remise à l'auteur de l'offre en temps utile. L'accepta-

[1] *Baudry-Lacantinerie*, l. c., II, 24 et s.

[2] *A. T. F.* XII, 646, XV, 94 ; cfr. *ibid.* XX, 510 et s. (effet du refus de l'offre).

tion peut être expresse ou tacite, écrite ou verbale ; ce qui importe, c'est que l'auteur de l'offre la reçoive « avant le terme fixé » *(vor Ablauf der Frist)*, soit avant l'expiration du délai fixé pour accepter.

26. Qu'en est-il, lorsque l'offre a été faite *sans fixation de délai pour accepter?* La loi propose deux solutions différentes, selon que l'offre a été faite *entre présents* ou *entre absents :*

1° *Entre présents*. L'art. 4 prescrit : *Lorsque l'offre a été faite à une personne présente, sans fixation d'un délai pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est dégagé si l'acceptation n'a pas lieu sur le champ*. Ici encore, il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit expresse. Si elle a lieu sous réserve de la ratification par un tiers et que l'auteur de l'offre soit d'accord avec cette acceptation conditionnelle, le contrat sera ou ne sera pas formé, selon que la ratification interviendra, ou n'interviendra pas, dans un délai déterminé ou dans un délai convenable.

2° *Entre absents*. Il y a lieu de distinguer : ou bien l'auteur de l'offre devait, ou il ne devait pas s'attendre à une acceptation expresse :

a) Première hypothèse. Elle est réglée en ces termes par l'art. 5, al. 1 et 2 : *Lorsque l'offre a été faite sans fixation de délai à une personne non présente, l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse qui serait expédiée à temps et régulièrement. Il a le droit d'admettre, pour le calcul à établir, que le destinataire a reçu l'offre en temps voulu* (al. 1)[1]. Ainsi l'auteur de l'offre est dégagé quand l'acceptation lui parvient tardivement, et alors même qu'elle aurait été expédiée à temps. Mais il n'est pas indispensable que, dans tous les cas, l'acceptation soit expédiée immédiatement après la réception de l'offre ; suivant la nature et les circonstances spéciales de l'affaire proposée, celle des parties qui a reçu l'offre aura un délai plus ou moins long — *modicum spatium*, « délai moral », — pour réfléchir, prendre des informations, se décider, etc.,[2]. L'art. 5, al. 1, s'applique d'ailleurs aux transactions commerciales. Ajoutons qu'une acceptation partielle ou conditionnelle équivaut à un refus combiné avec l'offre d'un nouveau contrat (cfr. art. 322, C. com. al.).

On conçoit qu'une règle aussi élastique puisse être aisément l'objet d'interprétations arbitraires de la part des intéressés, et notamment de celle de l'auteur de l'offre, qui sera souvent tenté

[1] *A. T. F.*, XXV[2] 458 et s. (l'offre est censée parvenue au destinataire lorsque le facteur l'a remise au domicile ou au bureau de ce dernier, ne l'eût-il déposée que dans la boîte aux lettres destinée à recevoir la correspondance).

[2] *A. T. F.* XII, 203 et s., 646 et s., *R. j.* IV, 120 ; cfr. *A. T. F.*, XIX, 929 (au sujet de l'obligation de recourir au télégraphe dans tels cas donnés).

de prétexter l'arrivée tardive de l'acceptation pour se soustraire aux effets de la conclusion du contrat. *Si l'acceptation expédiée à temps*, dispose dès lors de l'art. 5, al. 2, *parvient tardivement à l'auteur de l'offre, et que celui-ci entende ne plus être lié, il doit, sous peine de dommages et intérêts, en informer immédiatement l'acceptant*[1]. L'auteur de l'offre peut parfaitement se contenter d'une acceptation tardive, qu'elle ait ou n'ait pas été « expédiée à temps », et alors le contrat sera conclu. Mais il est libre, lorsque l'acceptation lui parvient tardivement, de se dégager, à une condition toutefois : c'est que si l'acceptation tardive a été *expédiée à temps* (et *régulièrement*, quoique la loi ne répète pas ce mot qui figure au 1er al. de l'art. 5), il doit, sous peine de tous dommages et intérêts, informer l'acceptant de sa volonté de n'être plus lié ; en droit allemand, on considère, comme semble l'exiger la logique, que le contrat est conclu, faute d'avis de l'auteur de l'offre. Le recours en dommages et intérêts prévu à l'art. 5, al. 2, et régi par les art. 50 et s. C. O., a été substitué à la sanction de la conclusion du contrat par les Chambres fédérales. N'oublions pas que l'auteur de l'offre, qui entendra se prévaloir de l'arrivée tardive de l'acceptation, fera bien de donner toujours l'avis ci-dessus, car il est impossible de savoir exactement, dans nombre de circonstances, si l'acceptation parvenue trop tard a ou n'a pas été « expédiée à temps », et des contestations sur ce point se produiraient si l'on n'y coupait court en avisant même dans les cas les moins douteux.

b) Seconde hypothèse. Il n'est pas rare que l'auteur de l'offre ne doive pas s'attendre à une acceptation expresse. Le 3me al. de l'art. 5 prescrit à ce sujet : *Lorsque, à raison de la nature spéciale de l'affaire proposée, l'auteur de l'offre ne devait pas s'attendre à une acceptation expresse*[2], *le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable* (cfr. art. 393), — qui s'appréciera suivant les circonstances, les usages du commerce, etc. Il y a, dans l'éventualité de l'art. 5, al. 3, acceptation tacite de l'offre, que l'on induit de l'absence d'un refus, et le contrat est censé conclu au moment de la réception de l'offre (art. 8, al. 2). Quant aux affaires plus particulièrement visées par notre texte, ce sont celles où il y a lieu d'admettre que la partie qui n'a pas refusé a nécessairement dû accepter. MM. Schneider et Fick donnent cet exemple : A. et B. sont en relations d'affaires ; A. envoie à B., dont il connaît les besoins, une certaine quantité de marchandises tous les ans, bien que B. ne les ait point commandées. B. reçoit ces marchandises facturées et les garde, sans déclarer dans un délai convenable qu'il n'accepte pas le contrat proposé : il a accepté taci-

[1] *A. T. F.* XV, 364 et s.
[2] *A. T. F.* XX, 510.

tement l'offre de A. et le contrat est parfait. Il convient, au reste, de ne pas interpréter extensivement l'art. 5, al. 3, si l'on tient à ne pas condamner le public à être exploité par des négociants qui ne se font aucun scrupule d'expédier à droite et à gauche, parfois même avec des avis comminatoires (« si, dans les trois jours, vous n'avez pas refusé, nous prendrons en remboursement, » etc.), des marchandises qu'on ne leur a point commandées et dont on n'a pas besoin. Il est difficile de délimiter le champ d'application du dit art. 5, al. 3. Prenons quelques exemples. Nous avions écrit, dans notre première édition : « On m'envoie un journal auquel je ne suis pas abonné ; je le garde, je suis présumé avoir accepté d'être abonné pour le temps durant lequel je le conserve ; si je le refuse une fois, et quand bien même on continuerait à me l'expédier, je ne serai plus lié envers le journal, quitte à prouver l'existence de mon refus, et, sans doute, à renouveler celui-ci, le cas échéant, à toutes les époques de réabonnement. » Ceci était trop absolu. Celui auquel un journal est envoyé et contre lequel il se produit une tentative d'abonnement, peut retourner le ou les exemplaires qui lui sont parvenus, avec la mention « refusé » sur la bande ; mais il n'y est pas obligé, et il pourrait attendre le remboursement en refusant alors. En principe d'ailleurs, dès que le refus ne peut être donné sans perte de temps, même minime, et sans frais, l'offre non acceptée doit être tenue pour refusée. Dans le commerce de librairie, entre autres, où les libraires ont l'habitude de soumettre aux amateurs présumés (avec ou sans avis comminatoire) des livres nouveaux qu'il expédient par la poste ou par leurs commissionnaires, le fait par l'amateur de ne point refuser l'offre et de conserver les livres en question pendant un délai, même considérable, ne saurait être assimilé en thèse générale à une acceptation de l'offre. L'amateur n'a, en effet, pas l'obligation de rapporter ou de réexpédier au libraire des ouvrages reçus à l'examen, en l'absence de toute commande ; c'est au libraire qu'il incombe de reprendre ces ouvrages, et il suffira de les tenir à sa disposition à ses risques et périls. Sont naturellement réservées toutes conventions expresses ou tacites intervenues entre libraires et clients, et qui motiveraient une solution différente, comme aussi les cas dans lesquels une acceptation devrait être inférée d'une appropriation des volumes offerts en vente (que l'on aurait coupés, usagés, etc.). En résumé, on peut poser la règle que le silence n'emporte pas consentement, à moins qu'il ne s'agisse de négociants qui sont en relations d'affaires, d'offres provoquées par celui qui les a reçues, ou d'offres que celui auquel elles ont été adressées n'avait pas de raisons de convenances ou d'intérêt pour les refuser (par exemple, une offre de cautionnement[1]).

[1] *A. T. F.* XV, 364 ; cfr. *Baudry-Lacantinerie*, I, p. 60 et s.

Rattachons à l'art. 5 le texte de l'art. 8 : *Lorsqu'un contrat est intervenu entre absents, il déploie ses effets à partir du moment où l'acceptation a été expédiée. — Lorsqu'une acceptation expresse n'est pas nécessaire* (art. 5, al. 3), *les effets du contrat commencent à dater de la réception de l'offre non refusée.* On se rappelle que le contrat n'est parfait que lorsque l'acceptation est parvenue à l'auteur de l'offre, ou lorsque, dans l'hypothèse de l'art. 5, al. 3, un délai convenable s'est écoulé sans que l'offre ait été refusée. Les deux époques de la date du contrat et de sa perfection ne coïncident donc pas. Mais il est naturel que le contrat, une fois formé, rétroagisse au moment de l'envoi de l'acceptation, car c'est dès ce moment que l'acceptant veut jouir des avantages du contrat et qu'il est chargé des risques. Le *lieu* du contrat est aussi, en principe, celui d'où l'acceptation a été expédiée (cfr., art. 84).

27. Nous trouvons, dans les art. 6 et 7, des dispositions communes aux deux espèces des art. 3, 4 et 5.

L'auteur de l'offre, dit l'art. 6, *n'est pas lié lorsqu'il a fait à cet égard des réserves formelles (par exemple, par l'adjonction des mots : « sans engagement »), ou si son intention de ne pas s'engager résulte nécessairement soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire proposée.* Règle générale, l'auteur de l'offre, qui entend ne pas être lié, doit faire à cet égard une « réserve formelle », doit le déclarer ; mais sa volonté de ne point s'engager peut résulter, comme nous l'enseigne notre texte, de circonstances bien caractérisées (ainsi A. offre à vendre, par la voie des journaux, un cheval ou un chien : il n'est pas obligé, même s'il avait indiqué un prix et si ce prix était accepté par B., à passer contrat avec ce dernier, car la personne de l'acheteur peut ne lui être pas indifférente, il peut désirer que son cheval ou son chien ne devienne la propriété que d'une personne de confiance) ; elle pourra découler encore de « la nature spéciale de l'affaire proposée » (ainsi le fait qu'une société d'assurance envoie des prospectus n'implique pas une offre ferme de conclure un contrat d'assurance avec tous ceux auxquels son prospectus sera parvenu : on doit considérer l'offre comme une simple invitation à traiter de préférence avec la société dont il s'agit ; il n'y aurait d'offre déterminée, dans le sens de la loi, que si elle avait été adressée individuellement à un ou à des particuliers [1]). Ici se presente une question assez délicate. Si, disent certains auteurs, en s'appuyant sur l'autorité de Bluntschli, un commerçant envoie des *prix-courants* à ses clients, ses offres ne sont pas obligatoires. Cette solution est bien celle du droit commercial allemand, mais rien ne nous permet de nous l'approprier à

[1] *A. T. F.* XV, 404 et s., *R. j.* III, 276.

défaut d'un texte positif. Or notre Code est muet sur ce point. et nous ne saurions décider *a priori* qu'il y ait. dans une offre de ce genre. une de ces « circonstances » visées par l'art. 6 et dont ressorte « nécessairement » *(selbstverständlich)* l'intention de ne pas s'engager. Nous estimons plutôt que les négociants qui annoncent dans des prix-courants, des circulaires et d'autres avis publics, les conditions de leur commerce. sont. comme l'expose un auteur français. « dans un état permanent d'offres à l'égard du public. tant qu'ils ne les ont pas retirées (cfr. toutefois art. 3 et 5 C. O.). de telle sorte que la demande conforme à ces conditions constitue une acceptation et forme. dès qu'elle est parvenue à leur connaissance. un lien de droit ». On pourrait prétendre. à la vérité. que les art. 3 et s. C. O. ne s'appliquent qu'aux offres faites individuellement. mais ces articles n'expriment rien de pareil. Le Message du Conseil fédéral nous apprend bien qu'ils « contiennent des dispositions semblables à celles des art. 906. al. 2, et 908 du C. civ. zurichois. et des art. 319 à 321 du C. com. allem. » ; néanmoins. si le C. com. allem., entre autres. prescrivait dans ses art. 319 à 321. consacrés aux principes généraux sur la matière. que l'envoi d'un prix-courant ne constitue pas une offre obligatoire. il est évident qu'on n'aurait pas eu besoin de spécifier à l'art. 337. au titre de la *vente*, que des offres semblables ne lient pas leur auteur. Comme nous ne possédons pas un texte correspondant au dit art. 337, qui est de droit exceptionnel. c'est que la solution qui y est renfermée n'est nullement fournie par notre Code et, qu'à tout le moins, la question reste discutable. Quand un marchand de vins m'envoie son prix-courant. il est lié par ses offres dans la mesure fixée aux art. 3 et 5, suivant que j'ai ou que je n'ai pas de délai pour accepter : je chercherais en vain dans le fait que l'offre a lieu ainsi. plutôt que par lettre ou autrement. une de ces « circonstances » dont doit « nécessairement » découler l'intention du marchand de vins de m'adresser des offres qui n'en sont pas. Bien plus. l'offre peut résulter d'un fait tacite ; ainsi. le conducteur d'une voiture publique stationnant sur une place doit être considéré comme offrant de transporter toute personne qui se présentera[1].

Quelles sont maintenant les conséquences du *retrait de l'offre* et de *l'acceptation*, et quand celles-ci doivent-elles être tenues pour retirées ? L'art. 7 nous dit : *L'offre est considérée comme non avenue, si le retrait en parvient à l'autre partie avant l'offre ou en même temps* (al. 1). C'est donc le moment de la réception du retrait qui est décisif, et non celui de l'expédition, même faite régulièrement et à temps, sauf recours contre l'administration ou la personne qui a provoqué le retard. Ainsi un banquier de Berne

[1] *Baudry-Lacantinerie*, I, 63.

offre à un client de Genève, par lettre du 16 Janvier 1905, qui sera remise le lendemain, à 9 heures du matin, au destinataire, des actions du Gothard, l'offre sera considérée comme non avenue, si, par un télégramme ou par le téléphone, il a prévenu son client, avant le 17 Janvier, 9 heures du matin, qu'il entendait la retirer; mais si son télégramme, même expédié la veille, n'arrivait pas, pour un motif quelconque, avant les 9 heures, l'offre subsisterait. Est-il besoin d'ajouter que si le retrait de l'offre parvient trop tard à l'autre partie, celle-ci a le droit, soit d'accepter l'offre, soit de maintenir son acceptation? L'al. 2 de notre article porte encore ceci : *De même, l'acceptation est considérée comme non avenue, si le retrait en parvient à l'auteur de l'offre avant l'acceptation ou en même temps.* Constatons encore, qu'en principe, il existe une obligation de répondre sans retard à une offre, lorsque l'auteur de celle-ci devait compter sur une réponse immédiate et que le silence de l'autre partie serait contraire à la bonne foi [1].

28. Signalons, en terminant, une question qui n'est pas sans intérêt. Convient-il de ranger dans la catégorie des contrats entre présents, ceux qui sont conclus par *téléphone?* Il semble que l'on ne puisse répondre qu'affirmativement, puisqu'aussi bien la situation de deux personnes qui ont une conversation par téléphone est la même que si elles se trouvaient en face l'une de l'autre [2]. Mais nous avons des réseaux téléphoniques internationaux. Et une nouvelle question se pose : Si les deux personnes qui traitent par la voie téléphonique sont domiciliées dans deux pays différents, par quelle loi le contrat sera-t-il régi? Le cas n'est pas prévu et il paraît insoluble. Il faudra vraisemblablement, à défaut d'une intention contraire des parties, appliquer la loi du lieu où l'exécution sera demandée.

SECTION DEUXIÈME

De la forme des contrats.

§ 1. *De la forme des contrats en général.*

29. Ainsi que le faisait remarquer le Message du Conseil fédéral, le droit commun allemand et le droit français diffèrent profondément en ce qui concerne la forme des conventions. Suivant la

[1] *Sem. jud.*, 1896, 144 (arrêt du T. F., du 29 Déc. 1895; cfr. *A. T. F.*, XXI, 437 et s.).

[2] *Baudry-Lacantinerie*, I, 54 et s. (« les contrats par téléphone doivent être assimilés, au point de vue du lieu, à de véritables contrats entre absents. »).

théorie du droit commun allemand, la forme est sans influence sur la validité des contrats, qui sont parfaits indépendamment de l'observation de formes particulières; leur conclusion et leur contenu peuvent se prouver en justice par tous les moyens ordinaires; d'autre part, si un acte a été dressé en vue de constater une convention. les parties sont fondées à établir par témoins ou autrement contre et outre la teneur de l'acte. Ces principes sont en opposition avec ceux du Code Napoléon. Sans doute, en France, et sauf pour les contrats solennels (donation, constitution d'hypothèque, etc.), la naissance même d'un contrat n'est subordonnée qu'à l'accord des volontés et ne dépend pas de la rédaction d'un écrit exigé seulement *ad probationem*. Mais si l'existence du contrat n'est pas liée à l'accomplissement de certaines formes, la *preuve* ne peut en être faite par témoins, en cas de contestation, lorsque l'objet de la convention a une valeur supérieure à 150 fr. (C. civ. fr., art. 1341 et s.) Les divers Codes civils de la Suisse romande s'étaient ralliés au système français. sauf que le chiffre de 150 fr. avait été porté à 300 fr. (Valais), 800 fr. (Vaud), 1000 fr. (Neuchâtel).

Il s'agissait d'opter entre les deux systèmes. Le législateur suisse s'est prononcé en faveur du système allemand. à une seule exception près que nous indiquerons plus loin. Le droit français, quoique trop formaliste. offre de sérieux avantages pour la sécurité des transactions. Aussi les représentants de la Suisse romande aux Chambres fédérales ont-ils obtenu que le projet primitif, qui ne soumettait les contrats à aucune forme particulière, ni pour leur validité. ni pour la preuve, fût modifié en ce sens que la *matière de la preuve serait réservée au droit des cantons* (non celle, bien entendu, de la répartition du fardeau de la preuve[1]). Les prescriptions des lois cantonales sur la preuve des contrats, notamment les restrictions apportées par certains Codes à l'admissibilité de la preuve testimoniale dans ce domaine[2], leurs règles sur la question de savoir comment s'établira l'existence d'un titre pour lequel le C. O. édicte certaines formes et qui ne peut être représenté (en cas de perte, par exemple, etc.), sont encore en vigueur, pour autant que l'autorité législative compétente des cantons ne les a point abrogées[3]. Ce compromis n'en est pas moins regrettable; le principe de la liberté des conventions au point de vue de la forme n'est consacré que d'une manière très relative puisque, dans nombre de cantons, un acte écrit sera nécessaire pour la preuve des contrats dont l'objet aura une valeur dépassant telle ou telle somme. Nous

[1] *A. T. F.* XVIII, 295.

[2] *R. j. f.* VIII, 126, *A. T. F.* XVI, 575.

[3] *Genève* (C. civ. 1341 et s., loi du 21 Octobre 1874), *Fribourg* (C. civ. 2215 et s., C. proc. civ. 329 et s.), *Neuchâtel* (C. civ. 1903 et s.), *Vaud* (C. civ. 995 et s.), *Valais* (C. civ. 1213 et s.).

n'avons, sur ce point, pas même une législation unique pour les contrats soumis au C. O.! Mais il n'est pas douteux que les contrats, dont notre Code subordonne la validité à l'observation de formes déterminées, sont valables, même en justice, pour ce qui est de la preuve, lorsque les parties ont satisfait à ces formes; ainsi les formalités spéciales de divers Codes sur la *date certaine*, le *bon pour*, etc., sont abolies à l'égard de ces contrats. C'est seulement lorsque le C. O. ne prescrit rien quant à la forme des conventions, que la législation cantonale sur la preuve demeure réservée. L'art. 64 revisé de la Constitution fédérale de 1874, en proclamant le principe de l'unification intégrale du droit civil, n'a pas modifié cet état de choses; en effet, la souveraineté législative des cantons en matière de procédure, spécialement en ce qui concerne les preuves, a été maintenue comme du passé. Une importante question de droit intercantonal privé se présente ici. Admettons qu'une vente mobilière ait été conclue à Berne, où la preuve testimoniale peut être administrée sans réserves. Son exécution est poursuivie à Genève et la valeur des objets vendus est de 2000 fr. Comment régler la preuve de ce contrat devant les tribunaux genevois? Ceux-ci pourront-ils refuser la preuve par témoins? Il semble qu'ils y seraient autorisés aujourd'hui. Et pourtant, il est difficile de croire que telle ait été l'intention du législateur. Aussi inclinerions-nous à décider qu'un contrat dispensé, pour sa validité, de l'observation de toute forme par le C. O., pourra, s'il est passé dans un canton où la preuve de son existence n'est subordonnée à aucune condition, être établi par témoins même devant les tribunaux d'un canton où la loi déclarerait la preuve testimoniale inadmissible à l'égard de contrats de même nature et de même importance. L'esprit de la loi et la bonne foi le veulent ainsi. Voir l'art. 12 du projet de Code civil suisse de 1904.

30. *Les contrats*, dit l'art. 9[1], *ne sont soumis à une forme particulière au point de vue de leur validité, qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi* (al. 1). Les « formes particulières » dont la loi fait dépendre la validité de certains contrats, sont :

1° La *forme écrite*. Elle est exigée pour : la *cession des créances* (art. 184, al. 2), qui n'est, sans cela, pas opposable aux tiers, notamment en cas de faillite du cédant: l'*engagement des créances* (art. 214, 215), y compris les effets de change et autres titres endossables, pour lesquels le transport du titre endossé suffit, et sauf les titres au porteur; le *contrat de bail à loyer ou à ferme de choses immobilières* (art. 275, 297), en ce que les clauses du contrat dérogeant aux règles du C. O. doivent, pour sortir leurs effets, être rédi-

[1] *Haberstich*, I. 112 et s. Jacottet, 19 et s. *Schneider et Fick*, ad. art. 9. *Hafner*, ad. art. 9. *Mess.*, 26. *Rap. com. Cons. nat.*, 2. *Rap. com. Cons. des Etats*, 10. *Rap. Soc. industr. et com. du canton de Vaud*, 57. *A. T. F.* XVI, 575.

gées par écrit; l'*ordre de crédit* et la *lettre de crédit* (art. 415, 418); le *cautionnement* (art. 491); le *contrat de rente viagère* (art. 518); les *statuts* de la *société anonyme* (615), de la *société en commandite par actions* (676), des *associations* (679), ainsi que les *décisions* prises par les *assemblées générales des sociétés anonymes* (art. 618, 619, 626, 627); les *effets de change* (art. 722 et s., 825, 827), et les *protêts* dressés de ces effets (art. 814 et s.), comme aussi l'*acceptation des lettres de change* (art. 739) et l'*endossement* (art. 729); le *chèque* (art. 830); les *billets et délégations à ordre* analogues aux effets de change (art. 838 et 839); les autres *titres transmissibles par endossement* (art. 843) et enfin les *titres au porteur* (art. 846).

2° L'*inscription au registre du commerce* (suivie de publication dans la *Feuille officielle* du commerce), spécialement dans les espèces prévues aux art. 422, al. 3, 552, al. 3, 590, al. 3, 615, 676, — sans préjudice des cas très nombreux où cette formalité doit encore être accomplie à teneur des art. 859 et s.

31. On lit en outre à l'art. 9, al. 2 : *A défaut de disposition* — contraire — *sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable qu'autant que cette forme a été observée.* Les « formes particulières » établies par notre Code sont donc, en principe, des *formes solennelles*, sauf dans certains cas exceptionnels (art. 453 C. O., art. 8 de la loi féd. du 20 Mars 1875, etc.). Les formes simplement probatoires n'influent pas sur la validité des conventions. Il va de soi, au surplus, qu'un contrat pour lequel la loi prescrit une certaine forme peut être, le cas échéant, valable à un autre titre, même en l'absence de cette forme : ainsi un billet de change irrégulier peut valoir comme reconnaissance de dette.

§ 2. *Des contrats pour lesquels la loi exige la forme écrite.*

32. Nous avons passé en revue (n° 30) les divers contrats pour lesquels la loi exige la forme écrite. Quand cette forme *doit* être observée, elle s'applique non seulement au contrat lui-même, mais à toutes ses *modifications essentielles*. C'est ce qu'exprime l'art. 11, qui ne concerne pas, d'ailleurs, les contrats pour lesquels la forme écrite a été librement choisie par les parties[1]: *Lorsque la loi exige qu'un contrat soit fait en la forme écrite, cette disposition s'applique également à toute modification de ce contrat, hormis les stipulations complémentaires accessoires qui ne sont pas en contradiction avec l'acte.* Cet article a trait à toutes les conventions additionnelles ou dérogatoires (il n'est cependant besoin d'au-

[1] *H. E.* V. 79 ; cfr., en outre, art. 140 et 141.

cune forme pour l'annulation ou la réduction d'une créance, ni pour la remise d'une dette, art. 140 et 141), qui n'ont pas le caractère de simples « stipulations complémentaires accessoires » et qui seraient en contradiction avec l'acte, soit qu'elles en étendent, en restreignent ou en modifient la portée et les effets. Il eût été préférable de ne pas statuer d'exception au principe de l'art. 9, al. 2; les mots « stipulations complémentaires accessoires » n'ont aucun sens précis. Mais, en dehors de celles qui sont purement secondaires, les clauses conditionnelles ou dérogatoires ne sont valables que si elles sont elles-mêmes constatées par l'écriture.

33. L'art. 12 nous renseigne sur certains éléments de la « forme écrite » : *Le contrat pour lequel la loi prescrit la forme écrite doit porter la signature de toutes les personnes auxquelles il impose des obligations* (al. 1). Si le contrat est unilatéral, il suffira qu'il soit signé de celle des parties qui s'oblige (le cautionnement, par la caution); s'il est synallagmatique, il devra être signé par les deux parties; s'il est rédigé en exemplaire unique, il sera signé par la partie qui s'oblige, ou par les deux parties si toutes deux sont obligées; s'il est rédigé en plusieurs exemplaires, et que les deux parties soient tenues de le signer, il faudra que chaque exemplaire porte les signatures des deux parties, ou du moins que le double en mains d'une partie soit signé de l'autre, c'est-à-dire que chaque partie échange son double signé par elle avec celui de sa partie co-contractante[1]. La *signature* (ou le signe qui la remplace, art. 13) doit, au reste, être apposée par les contractants eux-mêmes et non par un tiers, quand bien même celui-ci aurait (en dehors d'un rapport de procuration, de mandat, etc.) été autorisé par l'une des parties à signer pour elle, à écrire son nom au bas de l'acte[2]. La forme même de la signature est indifférente, pourvu qu'elle émane de celui qui était tenu de l'apposer et que la personne du signataire s'en dégage clairement. Il faut décider sans doute qu'une signature artificielle (au moyen d'un timbre humide, d'une griffe) ne satisfait pas aux exigences de la loi, — sauf recours en dommages et intérêts, le cas échéant, contre celui qui aura signé de cette manière, ou qui aurait abusé de la signature artificielle d'autrui. Quant à *l'écriture du texte*, il est indifférent qu'elle soit tracée à la main, au moyen d'un hectographe, de l'imprimerie, etc. Au surplus, l'apposition de la signature établit une présomption de l'exactitude[3] et de l'authenti-

[1] *A. T. F.* XIII, 96; cfr. *H. E.* XIII, 57, XIV, 20 (il suffit, dans les contrats bilatéraux, que celui qui actionne en exécution puisse exhiber un exemplaire du contrat signé par son co-contractant), XV, 365, XVII, 304; *Zeitsch. d. b. J. V.* XXX, 130 (un crédit ouvert contre nantissement de titres est valable même s'il n'a été signé que par le débiteur). *H. E.*, XIV, 123 (art. 12 applicable aussi au *Vorvertrag*.

[2] *R. j. f.* VIII, 235 (arrêt du T. F. du 8 Mai 1891); cfr. *A. T. F.* XVII, 299 et s.

[3] *A. T. F.* XXV[2], 456 et s.

cité des énonciations qui précèdent. si l'acte ne présente ni adjonctions. ni ratures.

Sauf disposition contraire de la loi (cfr. art. 615 676. 679. 739), *un échange de lettres ou même de télégrammes vaut comme forme écrite, pourvu que les dépêches originales*[1] *portent la signature des parties qui s'obligent* (al. 2). Mais tout échange de lettres ou de télégrammes. dont on pourrait même inférer un accord des parties sur les points essentiels du contrat. ne saurait être assimilé à la forme écrite ; il faut en outre que les parties manifestent d'une manière non équivoque. dans leur correspondance. leur volonté de contracter et que les signatures soient réellement celles des personnes qui ont entendu conclure un contrat ou de leurs mandataires. si bien qu'une convention parfaite résulte de leurs lettres ou télégrammes. Il arrive souvent aussi, lorsqu'un échange réitéré de correspondances a eu lieu, que les parties se sont entendues sur les *essentialia* du contrat, sans avoir eu l'intention de se lier définitivement. mais en se réservant tacitement que le contrat ne sera formé qu'après avoir été constaté par un acte muni de la signature du ou des obligés ; dans ce cas, le simple échange de correspondance ne constitue pas une manifestation concordante de la volonté réciproque des parties de s'engager obligatoirement[2]. Faisons remarquer que si les parties ont eu recours à la forme épistolaire comme forme écrite, le contrat est valable et exécutoire. nonobstant les prescriptions de l'une ou l'autre loi cantonale qui font de l'emploi du *papier timbré* une condition *sine qua non* de la validité de certains contrats : ces prescriptions sont même abrogées de fait à cet égard, pour tous les contrats au sujet desquels le C. O. exige l'écriture. et elles n'ont plus, à cet égard, qu'une portée purement fiscale.

Enfin l'art. 13 nous apprend que : *Si une personne ne peut pas signer, la signature doit être remplacée par une marque à la main dûment légalisée, ou par une attestation authentique*. La personne incapable de signer, par ignorance ou par impuissance. pourra aussi constituer un mandataire (le mandat n'étant assujetti à aucune condition de forme), qui signera comme tel au nom du mandant et l'obligera. Si la partie qui ne peut signer use de la « marque ». qu'elle doit apposer personnellement, ou de l' « attestation authentique », prévues à l'art. 13, la question de savoir si la marque a été dûment légalisée ou si l'attestation revêt un caractère d'authenticité suffisant, est du ressort de la législation cantonale. Voir art. 820.

[1] Loi féd. du 22 Juin 1877, art. 3.
[2] *H. E.* VIII, 174. *R. j.* VI, 334.

§ 3. *Dispositions spéciales quant à la forme des contrats.*

34. — Nous avons d'abord l'hypothèse de l'art. 14 : *Lorsque les parties sont convenues de donner au contrat une forme spéciale*[1], *bien que la loi ne la prescrive pas, elles sont présumées n'avoir entendu se lier qu'à partir de l'accomplissement de cette forme. — S'il s'agit de la forme écrite, sans autre indication plus précise, les articles 12 et 13 font règle*, — non l'art. 11[2]. Nous n'admettons pas, avec M. Hafner, que la dernière partie de l'art. 14 s'applique aux contrats spécifiés à l'art. 10 en l'absence de prescriptions du droit cantonal quant à leur forme ; la réserve de l'art. 10 en faveur du droit cantonal est absolue, et celui-ci peut parfaitement disposer que tous ou certains contrats de l'art. 10 ne sont soumis à aucune condition de forme. On a vu que l'art. 14 n'est pas impératif ; le mot *présumé*[3] laisse effectivement entendre que les parties sont autorisées à prouver que leur convention était parfaite malgré la réserve d'une forme spéciale qui n'aurait pas été observée. Ainsi deux personnes, bailleur et preneur, tombent d'accord sur la location d'un appartement, en se réservant d'écrire leur bail et d'y arrêter les conditions de leur accord ; puis, le preneur entre en jouissance, du consentement de l'autre partie, sans que le bail ait été écrit ; le contrat n'en est pas moins définitivement formé. La question de savoir si les parties sont « présumées » être liées avant l'accomplissement de la forme réservée est une question de fait. L'art. 14 est au reste applicable, même lorsque les parties sont convenues après coup de donner une forme spéciale à leur contrat[4]. Bien entendu, la circonstance que, dans certain genre d'affaires, il est d'usage que la convention soit rédigée par écrit ne suffit pas pour prouver l'intention des intéressés d'avoir voulu se lier seulement par un acte écrit[5].

35. L'art. 15 C. O. s'est éloigné de la théorie de l'ancien droit allemand d'après laquelle la reconnaissance d'une dette n'exprimant pas la cause de l'obligation *(cautio indiscreta)* n'était pas considérée comme valable. Il est conforme, en revanche, à l'article 1132 C. civ. fr. ainsi conçu : « La convention n'en est pas moins valable, quoique la cause n'en soit point exprimée ». L' « obligation abstraite » (voir n° 947 *bis*) y est plus ou moins contenue.

[1] *R. j.* VI, 126.
[2] *A. T. F.* XVIII, 599 ; sic, *Hafner*, ad. art. 14.
[3] *A. T. F.* XX, 599 et s. ; *J. d. T.* XLII, 737 (arrêt du T. F. du 6 Oct. 1894).
[4] *A. T. F.* XVIII, 301, XXI, 170, 627.
[5] *J. d. T.* XLIV, 127 (arrêt du T. F. du 23 Nov. 1895).

Comme la jurisprudence française l'a reconnu, il faut envisager, dans l'intérêt même de la sécurité des transactions, que la reconnaissance d'une dette non causée n'en établit pas moins une présomption de l'existence d'une cause suffisante, et qu'elle est valable jusqu'à preuve du contraire. Voici le texte même de notre art. 15: *La reconnaissance d'une dette est valable, encore que la cause de l'obligation ne soit pas exprimée*[1]; cfr. art. 722, 825, 830, 838, 839. 843, ainsi que 82 L. P. et 780 et s.. C. civ. al. C'est au débiteur qu'il incombera de prouver[2], lorsqu'il voudra se soustraire à l'exécution de ses engagements, que ceux-ci n'ont pas une cause valable. Est-ce là exiger de lui l'impossible : la preuve d'un fait négatif? Non. En effet, il n'est guère probable qu'un débiteur objecte à son créancier qu'il s'est obligé sans cause, car alors il aurait agi dans les circonstances de l'art. 31 C. O. Mais il pourra prétendre qu'il s'est obligé sur une fausse cause ou sur une cause illicite, ce qu'il ne lui sera pas impossible de démontrer et ce qui pourra entraîner la nullité de la reconnaissance (cfr. art. 16, vis-à-vis de toute autre personne que le « tiers de bonne foi » y désigné, et art. 17 et 19) ou donner lieu à une action résultant de l'enrichissement illégitime (art. 70 et s.). L'art. 15 est d'ailleurs applicable aussi aux effets de change (cfr. cependant art. 811), chèques, titres à ordre et papiers au porteur où l'énonciation d'une cause n'est pas nécessaire, ainsi qu'aux simples reconnaissances *verbales* de dette, car la loi ne distingue pas sur ce point *(alias*, art. 16, al. 2). Ajoutons, qu'envers les tiers de bonne foi. l'on peut admettre une règle analogue à celle de l'art. 16, alin. 2.

36. On verra aux art. 18 et s. quelle est l'influence de l'erreur sur la validité des contrats. Quant à la *simulation*, à l'emploi conscient mais impropre d'une dénomination pour qualifier un acte et en déguiser la portée réelle (vente pour donation, etc.), il ne faut pas la confondre nécessairement avec le fait de contracter *in fraudem legis*, car elle peut avoir une cause licite, et l'art. 16 en parle dans ces termes : *Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il faut rechercher la commune intention* (le texte allemand ajoute: *wirkliche*, — réelle) *des parties, sans s'arrêter aux dénominations ou expressions inexactes dont elles se sont servies, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (simulation). — Le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers de bonne foi qui possède une reconnaissance écrite de la dette*[3]. La cause simulée, indiquée dans l'obligation, n'emporte pas fatalement et dans tous les

[1] A. *T. F.* XVII, 664, XVIII, 327, etc.

[2] *J. d. T.* XL, 403 (arrêt du T. F. du 25 Mai 1892).

[3] A. *T. F.* XV, 628, XVIII, 301, XIX, 893, XX 1079, XXII, 144 et s., 1119, 1138, XXIII, 818, XXIV, 582.

cas la nullité de celle-ci ; elle n'aura cet effet que lorsque la cause véritable sera illicite ou immorale. Cependant l'exception tirée de la simulation pourra toujours être soulevée entre parties, et même les dispositions des Codes de procédure cantonaux qui interdiraient ou restreindraient la preuve de l'existence d'une cause simulée sont implicitement abrogées par notre art. 16 [1].

D'un autre côté, l'exception de simulation est inadmissible, de la part du débiteur et de ses ayants-cause, à l'égard du « *tiers de bonne foi* qui possède une reconnaissance *écrite* de la dette » (acte authentique ou sous seing privé, peu importe) ; il ne pourrait ainsi prétendre qu'il s'est engagé par pure complaisance, ou qu'il s'agit d'une dette de jeu, etc. Il a été jugé, entre autres, que l'engagement clandestin, pris par le directeur d'un établissement de crédit, de restituer au débiteur des billets que celui-ci avait souscrits en faveur de l'établissement est un acte de simulation, qui ne peut être opposé à l'établissement même, porteur de bonne foi des dits billets [2]. Bien plus, les tiers intéressés, des héritiers, par exemple, à l'égard d'une vente qui serait en réalité une donation, des créanciers pour un contrat fait en fraude de leurs droits, seront fondés à demander la nullité de telle convention simulée qui leur serait préjudiciable. Ainsi un contrat par lequel un débiteur cède tout son avoir à l'un de ses créanciers, sans que le prix en soit payé et sans qu'une mise en possession ait eu lieu, l'acheteur s'étant borné à louer au vendeur les objets compris dans l'acte, — ainsi un semblable contrat est nul comme simulé, et la revendication de la part de l'acheteur aurait, du reste, été impossible en raison du défaut de tradition [3]. Le pacte de réserve de propriété [4], le constitut possessoire [5], etc., la donation [6], sont des conventions où la simulation est particulièrement fréquente.

37. Tandis que le C. civ. fr. renferme une série d'articles (1156 et s.) sur l'*interprétation des conventions*, notre Code ne contient sur ce point que les règles très générales du début de l'art. 16. Ce texte est bien vague (cfr. art. 157 C. civ. al.) ; l'art. 1281 du Code civil espagnol résout très clairement la plupart des difficultés qui surgissent en cette matière. « Si, dit-il, les termes d'un contrat

[1] *J. d. T.* XXXIV, 134 et s., XXXIX, 174. *A. T. F.* XXII, 1119 et s. (l'art. 16 *abroge* implicitement, pour les contrats soumis au C. O., les dispositions du droit cantonal qui tendraient à prohiber ou restreindre la *preuve* de la simulation); cfr. *ibid.*, XXIII, 817 et s., XXIX^2. 553 et s.

[2] *R. j.* III, 102 et s. *A. T. F.* XIX, 304 (fardeau de la preuve).

[3] *R. j. f.* III, 97 et s.

[4] *A. T. F.* XIV, 114; cfr. *ibid.*, XXIX^2 (vente simulée et inexistence d'un transfert de propriété en vertu de ce contrat) et voir aussi n° 336, entre autres, *A. T. F.* XXIV^2, 93.

[5] *A. T. F.* XIX, 393.

[6] *A. T. F.* XXV^2, 366.

sont clairs et ne laissent pas de doute sur l'intention des contractants, on s'en tiendra au sens littéral de ses clauses. Si les termes adoptés paraissent contraires à l'intention évidente des contractants, celle-ci prévaudra sur les termes employés », — mais alors seulement, et à bon droit, car on peut présumer que les intéressés ont su et voulu ce qu'ils ont déclaré. En décider autrement, c'est ouvrir la porte à l'arbitraire et solliciter l'interprète à substituer sa volonté à celle des parties. Quoi qu'il en soit, d'après le C. O., tous ces problèmes d'interprétation sont abandonnés à la libre appréciation du juge : celui-ci tiendra compte de « la commune intention des parties » et non des expressions, dénominations, indications erronées dont elles se seraient servies. Par exemple, la mention sur un effet de change (dont le recours spécial était prescrit), que « les soussignés déclarent par les présentes se constituer cautions solidaires jusqu'à bout d'entier paiement », n'est pas un aval mais bien un cautionnement ordinaire [1].

Le Tribunal fédéral a toujours reconnu que la question de savoir quel contrat les parties avaient entendu former était une question de droit à l'égard de laquelle sa compétence n'était pas restreinte par la loi d'organisation judiciaire : la question, en revanche, des effets attachés au contrat par la volonté des intéressés est une question de fait [2]. Il a jugé également, et à bon droit, malgré le silence de notre Code sur ce point, que les clauses obscures ou ambiguës s'interprètent contre la partie qui les a rédigées [3] ; cette règle recevra souvent application dans les contrats d'assurance. Il n'existe, au demeurant, pas de présomptions à teneur desquelles les parties seraient réputées avoir connaissance des lois et règlements applicables à leurs tractations.

§ 4. *Réserves faites en faveur du droit cantonal.*

38. La compétence du législateur fédéral étant, dans la matière qui nous occupe, restreinte aux transactions mobilières en général, les actes et contrats rentrant dans d'autres domaines devaient être soumis, même au point de vue de leur forme, au droit en vigueur dans les cantons. C'est ce que prescrit notre art. 10 : *Le droit cantonal règle la forme des donations et celle de tous les contrats relatifs aux droits réels sur des immeubles*, — ou mieux de tous les contrats réservés au droit cantonal, *cession des créances hypothécaires* (art. 198), *cheptel* (dans la mesure fixée à l'art. 320), *prêt*

[1] *A. T. F.* XIV, 285 et s.

[2] Voir, entre autres, *A. T. F.* XIX, 894.

[3] *A. T. F.* XXII, 139 et s.; cfr. *J. d. T.* LI, 672 et s. (arrêt du T. F. du 27 Juin 1903).

hypothécaire (art. 337), etc. (voir art. 76, 414, 523, 890, 896). Mais il est évident que le fait de savoir si une mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière en vertu d'une donation se détermine d'après les art. 199 et s. C. O. [1]. D'autre part, le droit cantonal réservé à l'art. 10 ne vise pas seulement la « forme » du contrat de donation, mais, bien que la loi ne l'exprime pas, le *contrat de donation tout entier*, comme aussi les obligations hypothécaires sans restriction [2] (voir ad art. 76).

SECTION TROISIÈME

De l'objet des contrats.

39. Notre code, toujours sobre de généralités, ne nous dit pas ce que peut être l'objet d'un contrat, mais bien ce qu'il ne peut pas être. L'objet du contrat, la matière même de la convention, consiste dans une chose qu'une partie s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire. Cette *chose* doit être *in rerum natura*, sinon la convention serait inexistante ; elle doit, de plus, être *dans le commerce*, c'est-à-dire aliénable (ne sont pas dans le commerce, relativement ou absolument, l'air, la mer, les biens du domaine national ou communal public, les substances dont la vente n'est autorisée que sous certaines conditions, les effets militaires, les successions non encore ouvertes, du moins dans les Codes civils de la Suisse romande, les immeubles dotaux, les fonctions publiques, l'engagement de démissionner, la clientèle d'un médecin, etc.) ; elle doit enfin être suffisamment *déterminée* ou *déterminable*, pour que le débiteur soit sérieusement lié, qu'il y ait réellement une obligation. Lorsque l'objet du contrat est un *fait*, positif ou négatif, ce fait doit être possible et licite ; il n'est pas indispensable, sans doute, qu'il soit utile.

Nous ne possédons sur tout ceci que l'art. 17 : *Un contrat ne peut avoir pour objet une chose impossible, illicite, ou contraire aux bonnes mœurs*. Les conventions qui ont pour objet une chose de l'une ou de l'autre de ces catégories sont radicalement nulles ; du reste, la même nullité frapperait les contrats immoraux, illicites ou impossibles eux-mêmes, et cela non seulement quand ils auraient pour objet direct l'une des choses mentionnées à l'art. 17. Le

[1] *A. T. F.* XIII, 234 et s.
[2] *A. T. F.* XVI, 339.

point de savoir si une chose est *impossible*, *illicite* ou *immorale*, est un point de fait (cfr. toutefois art. 40 al. 2, 114, 115, 148, 177, 181.222. 237. 244, 333, 335. 465, 487. 512 et s., 539. 541), et l'on verra plus loin, qu'aux termes de l'art. 75. « il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou immoral » (ou *impossible*, quoique l'art. 75 ne le dise pas, et ce mot étant pris. au surplus. dans son sens *objectif*)[1]. Voici quelques décisions de la jurisprudence :

Une stipulation d'honoraires pour servir d'intermédiaire dans la conclusion d'un mariage n'est pas contraire aux bonnes mœurs, à moins sans doute que le caractère du mariage negocié ne soit lui-même immoral, qu'il ne constitue, par exemple. une simple spéculation financière[2], ou qu'on n'ait eu recours à des manœuvres illicites. tromperies, menaces, etc. Un contrat en vue de l'achat collectif de billets de loterie à l'étranger n'est pas illicite dans le sens de l'art. 17[3], tandis que, en revanche, l'obligation assumée par un mandataire d'acquérir des billets d'une loterie non autorisée est nulle comme immorale et que l'inexécution d'une semblable obligation ne peut donner lieu à une action en dommages et intérêts[4]. Une convention par laquelle une personne s'oblige à ne pas épouser telle ou telle personne est immorale[5]. Il en est de même de la promesse faite. contre paiement, et au mépris de la bonne foi. de ne pas se porter adjudicataire dans une vente *(pactum de non licitando)*[6]. Il en est de même encore de la vente de la clientèle d'une maison de tolérance[7]. N'ont rien d'illicite ou de contraire aux bonnes mœurs les engagements pris sous clause pénale *de ne pas faire concurrence* à l'un des contractants, à condition néanmoins qu'ils ne restreignent pas dans une mesure excessive la liberté individuelle de l'obligé, qu'ils n'annihilent pas son activité naturelle (cfr. art. 112. 181. 427, 506. 558. 594 ; voir aussi art. 182)[8].

[1] S'il n'existe qu'une impossibilité *subjective* d'exécuter le contrat, l'obligation se résout en dommages et intérêts. Les effets d'une impossibilité survenant après coup se règlent d'après les art. 110 et s. et 145 (*H. E.* V, 364, *Haberstich*, I, 84 et s.) ; cfr., en outre, art. 145.

[2] *R. j.* III, 360 (voir cependant *H. E.* VIII, 9), *Zeitsch. des bern. J. V.* XXII, 348, XL, 44 et s. ; *A. T. F.* XX, 227 et s., XXI, 837 et s., XXV², 827 et s., et *J. d. T.* XLIII, 445.

[3] *A. T. F.* X, 567.

[4] *R. j.* IV, 27.

[5] *H .E.* VII, 218 ; cfr. *A. T. F.* XVIII, 324, XX, 992 *(pretium stupri)*.

[6] *A. T. F.* XX, 227 et s. ; cfr. toutefois, *Zeitsch. d. b. J. V.*, XXXVIII, 21.

[7] *A. T. F.* XXIV², 862. et s.

[8] *H. E.* II, 293. *R. j.* VIII, 235, *A. T. F.* XV, 348, XVII, 306, 721, XIX, 381, 911, XXIII, 739 et s., XXV², 875 et s., XXVII², 113 et s. (dans ce dernier arrêt, il semble que la jurisprudence du T. F. incline vers une interprétation moins rigoureuse encore des clauses dont il s'agit). — Il est évident, d'ailleurs, que ces clauses doivent s'interpréter restrictivement.

Aucune disposition légale ne prohibe non plus la stipulation, au profit d'une personne qui s'engagerait comme caution, de certains avantages pécuniaires destinés à compenser les risques du cautionnement[1]. La promesse de faire comme témoin une déposition contraire à la vérité est immorale et l'action en paiement d'une somme d'argent basée sur cette promesse ne doit pas être accueillie[2]. Est nul, le contrat de bail suivant lequel les deux parties seraient d'accord que le locataire exerçât dans l'appartement loué une industrie contraire aux mœurs; le bailleur ne peut actionner le preneur en dommages-intérêts pour cause d'inexécution du contrat[3]. Serait nulle également la reconnaissance de dette ayant sa source dans la participation en capital d'un croupier à une entreprise de jeu, de même que la promesse de cautionnement souscrite par lui en garantie de l'accomplissement de ses fonctions[4]. On devrait tenir pour nuls encore des marchés à durée illimitée et à conditions vagues, qui restreindraient à l'excès la liberté d'action des parties[5]. Mais n'auraient rien d'immoral ou d'illicite, du moins en principe et sans circonstances aggravantes : la convention d'un syndicat de maîtres d'état par laquelle ils s'obligent à ne point livrer à une société de consommation[6]; l'engagement du vendeur d'un bâtiment de ne pas installer ou de ne pas permettre qu'un tiers installe un commerce concurrent de celui de l'acquéreur dans une nouvelle construction appartenant à l'obligé et voisine du bâtiment vendu[7]; la clause qui, dans une vente, astreint l'acheteur à ne pas faire un usage déterminé de la chose vendue et à ne pas la céder, sous sanction d'une indemnité[8]; la convention de payer des dommages et intérêts à un père pour séduction de sa fille mineure[9]; un contrat absolument contraire à des obligations assumées par les parties envers des tiers[10]; un contrat relatif à la fabrication d'un « remède secret », à moins qu'il ne tende à l'exploitation du public[11], etc.

40. L'objet du contrat peut d'ailleurs être illicite pour l'une des parties et licite pour l'autre. Ainsi le père de X. a déposé un écrin de grande valeur chez Y.; il meurt et ce dernier nie le dépôt, en

[1] *A. T. F.* XVII, 664.
[2] *R. j.. f.* III, 187.
[3] *H. E.* VIII, 286.
[4] *J. d. T.* LI, 514 (arrêt du T. F. du 28 mars 1903); cfr. *A. T. F.* XVIII, 283 (jeu), XXIX[2], 471 et s.
[5] *A. T. F.* XXV[2], 450 et s., 473 et s.
[6] *R. j. f.* XI, 125.
[7] *R. jud.* 1896, 114 (arrêt du T. F. du 5 juin 1896).
[8] *A. T. F* XXIV[2], 434 et s.
[9] *A. T. F.* XXIV[2], 823 et s.
[10] *A. T. F.* XXVI[2], 140 et s.
[11] *A. T. F.* XXIX[2], 122.

proposant cependant à X. de le reconnaître moyennant une certaine somme. Ce contrat, illicite pour Y., qui ne sera pas en droit de réclamer le salaire convenu, est parfaitement licite pour X., qui sera fondé à en demander l'exécution.

SECTION QUATRIÈME

Des causes qui vicient les contrats[1].

41. L'une des conditions essentielles de la validité des contrats est un consentement réel et libre, donné de part et d'autre. Il n'y a dès lors pas de consentement dans le sens de la loi, lorsqu'il n'est pas réel ou lorsqu'il n'a pas été libre; et le contrat est alors annulable. En somme, les « causes qui vicient les contrats » de notre section se confondent avec les causes qui vicient le consentement.

Les vices du consentement sont, en droit fédéral : l'*erreur*, le *dol*, la *violence* ou « crainte fondée » ; la lésion ne « vicie » jamais les contrats, d'après le système du C. O. Il importe peu, disons-le ici déjà, que ce soit la partie elle-même, ou son *représentant*, dont le consentement ait été vicié, ou qui ait vicié par son dol ou sa violence, le consentement de l'autre ou du représentant de celle-ci.

41 *bis*. On a vu que la *lésion* n'est pas, en droit fédéral, une cause de rescision des contrats ; le C. civ. al. l'a écartée aussi (cfr. art. 1118, 887, 1674 C. civ. fr.). « Si, dit-on[2], la disproportion entre les obligations réciproques des parties pouvait entraîner la nullité des contrats, il faudrait, pour établir cette inégalité, déterminer la valeur des choses qui font l'objet des conventions. Or cette valeur dépend non seulement des circonstances de temps et de milieu, mais encore des goûts et des besoins des contractants, en d'autres termes, de multiples éléments, essentiellement relatifs et variables... D'ailleurs, en pratique, il est bien rare que chacune des parties reçoive exactement l'équivalent de la prestation qu'elle promet;

[1] *Zeitsch. f. schw. R.*, IX, n. s. (article de M. le prof. Schulin); *ibid.*, XV, 278 et s., XVI, 1 et s., XVII, 1 et s. (article de M. le prof. A. v. Thur). *A. Kuoni:* Die einseitige Unverbindlichkeit des unter Irrthum... abgeschl. Vertrags nach schw. O. R., Coire, in-8°, 1899. *M. Schkaff:* Influence du dol, de l'erreur et de la violence, etc., Lausanne, in-8°, 1902. Voir aussi *C. Mellinger:* Culpa in contrahendo oder Schadenersatz, etc., Zurich, in-8°, 1896. *Schneider et Fick*, 75 et s.,; *Hafner*, 7 et s.

[2] *Baudry-Lacantinerie,* I, 137 et s.; cfr. *A. T. F.*, XX, 1079 et s.

les contrats sont, en effet, des actes de spéculation. » Ces arguments sont loin d'être décisifs. Ils procèdent de cet esprit timoré et quelque peu routinier qui a trop souvent dirigé les jurisconsultes. Il y a conflit, ici, entre les conceptions juridiques, d'une part, les nécessités économiques et morales, de l'autre. La tendance des lois modernes, qui est à la protection des faibles contre les forts, s'exprimera aussi dans la matière des vices du consentement. Nous ne nous dissimulons aucune des difficultés d'une réforme législative dans le sens d'un retour au système de la *læsio enormis*. Mais, dans un mémoire officiel concernant la revision du C. O., nous n'en avons pas moins proposé le texte suivant : « Celle des parties qui peut établir qu'elle a été lésée de plus de moitié dans un contrat qui n'avait pas le caractère d'un acte de spéculation, et qu'elle ne se serait pas engagée si elle avait pu se rendre compte de la lésion éprouvée, a le droit de demander l'annulation du contrat. » Nous ajoutions que, « pour savoir s'il y a eu lésion de plus de moitié, les prestations de la partie qui allègue ce vice du consentement et les contre-prestations de l'autre, seront estimées d'après leur valeur au moment de la convention. » Nous disions enfin : « Le juge peut toutefois refuser d'entrer en matière sur l'action en nullité, si les faits invoqués ne sont pas assez graves pour faire présumer la lésion. » De cette manière, nous croyons qu'aucun intérêt légitime ne serait menacé et qu'un peu de justice rentrerait dans le droit. C'est également le point de vue auquel s'est placé M. le professeur E. Huber dans son avant-projet du livre V du futur Code civil suisse (*Das Obligationenrecht*, 1904, art. 1035 *b*) soumis au Département fédéral de Justice et Police; il exclut toutefois, et avec raison, le droit d'invoquer la lésion « lorsque la partie lésée est un négociant », comme aussi lorsque le demandeur aurait contracté « malgré la connaissance qu'il avait de la lésion et sans se trouver dans un cas de nécessité ».

§ 1. *De l'erreur.*

42. L'erreur est la notion inexacte ou fausse que nous avons d'une chose. Elle exerce naturellement sur la volonté du contractant qui en est victime une influence plus ou moins décisive, selon qu'elle fait disparaître le consentement ou l'altère d'une manière intense, ou suivant qu'elle ne le vicie pas d'une façon très sensible. Aussi distingue-t-on l'*erreur essentielle*, qui est une cause de nullité, mais qui ne peut jamais être un motif de simple modification des contrats[1], et les formes moins graves de l'erreur qui laissent

[1] *H. E.* VIII, 77.

subsister les conventions. Cette distinction résulte de notre art. 18: *Le contrat n'oblige pas la partie qui, au moment de le conclure, se trouvait dans une erreur essentielle. Erreur de fait* ou *erreur de droit*, peu importe, car c'est l'altération subie par le consentement qui engendre la nullité; dès qu'il y a une erreur essentielle, le contrat est affecté d'un vice qui permet à la partie victime de l'erreur d'en demander la rescision. Mais à quoi reconnaîtra-t-on qu'une erreur est « essentielle »? Le législateur nous a fourni quelques directions, qui ne sont pas toutes heureuses, à l'art. 19 dont nous traiterons ci-après. Les deux exemples sous chif. 1 et 2 de l'article précité ne sont, à vrai dire, pas des cas de vices du consentement. Lorsque l'erreur concerne la nature de la convention *(error in negotio*, chif. 1) ou son objet *(error in corpore*, chif. 2), elle est nécessairement exclusive d'un accord des parties, et il n'y a pas eu de contrat puisqu'il n'y a pas eu de consentement : une semblable forme de l'erreur ne saurait « vicier » une convention — qui n'a jamais existé. Il en serait ainsi de l'erreur sur l'existence même de la cause de l'obligation ; l'obligation sur fausse cause est nulle. Les rédacteurs de notre Code n'ont pas vu que, dans les espèces de l'article 19, chif. 1 et 2, il y avait absence de consentement, partant inexistence du contrat. La confusion qu'ils ont commise ne laisse pas de soulever bien des difficultés. Prenons l'exemple de l'*error in negotio*. A. propose à B. de lui vendre son cheval; B. comprend que A. lui a offert de le lui donner, il s'empresse d'accepter, et il se le fait délivrer. Il n'y a eu en réalité ni vente ni donation, il n'y a pas eu de manifestation concordante et réciproque de deux volontés, — pas de consentement — et dès lors pas de contrat. Mais l'art. 19 n'admet ici qu'un cas d'erreur, ensorte que le contrat serait maintenu à l'égard de celle des parties (cfr. art. 18) qui n'a pas agi sous l'empire d'une erreur! A bien considérer les choses dans les hypothèses de l'*error in negotio* et *in corpore*, les deux parties sont dans l'erreur l'une envers l'autre, toutes deux sont sous le coup d'une erreur essentielle qui ne les oblige ni l'une ni l'autre. Nous obvions ainsi aux difficultés que suscite la rédaction défectueuse des textes dont il s'agit [1].

43. L'art. 19 lui-même dispose :

L'erreur est essentielle, spécialement dans les cas suivants (cette énumération n'ayant rien de limitatif) :

1° *Lorsque l'une des parties entendait faire un contrat autre que celui auquel elle a déclaré consentir* [2]. C'est ici le cas de l'*error in negotio* qui rend, comme nous l'avons dit, le contrat non point annulable, mais inexistant. Inutile d'ajouter que si l'erreur

[1] *Baudry-Lacantinerie*, I, 66, note 4 (où cette erreur est également constatée).
[2] *A. T. F.* XIV, 293, 318.

portait uniquement sur la dénomination du contrat, alors qu'il y aurait eu accord sur sa nature même, elle n'aurait rien d' « essentiel » et ne serait pas un motif de rescision.

2° *Lorsque la partie qui allègue l'erreur avait en vue autre chose que l'autre partie.* Nous avons ici l'*error in corpore* qui, nous l'avons montré tout à l'heure, empêche le contrat de se former. Je crois acheter le cheval X., alors qu'on entendait me vendre le cheval Y., il n'y a pas de contrat à proprement parler, et les deux parties pourront se refuser à exécuter une convention qui n'est devenue parfaite ni pour l'un ni pour l'autre de ses objets. Effectivement, il est superflu de demander la résiliation d'un malentendu, car nous sommes en présence d'un simple malentendu que la loi envisage à tort comme un contrat « vicié ». La partie actionnée en exécution déniera qu'il y ait eu contrat sur la chose qui en fait prétendument l'objet, et c'est au demandeur qu'incombera le fardeau de la preuve relative à l'existence d'une convention conclue dans le sens de l'art. 1.

3° *Lorsque les qualités de la chose sur lesquelles a porté l'erreur sont d'une importance telle que la chose, selon qu'elle les possède ou non, appartient dans le commerce à une catégorie de marchandises* (le texte allemand dit : *Güter*, — biens) *toute différente.* Voici enfin un cas d'erreur propre à altérer le consentement. Un contrat s'est formé ; nous sommes d'accord sur la nature de la convention et sur son objet; mais je découvre, moi, acheteur, que la chose vendue (cfr. art. 243 et s.) est dépourvue des qualités que j'étais en droit de lui supposer et sans lesquelles je n'eusse point contracté *(error in substantia).* L'erreur sur les qualités substantielles de la chose vicie le consentement, est une cause de nullité du contrat. La question de savoir si telle qualité est ou n'est pas substantielle est une question de fait, souvent fort délicate à résoudre. J'achète un tableau que je crois être de Rubens et qui est d'un de ses disciples ou d'un peintre obscur; j'achète un chandelier, que je crois être en argent et qui n'est que du cuivre argenté, etc. L'erreur est évidemment essentielle dans les deux cas. Il en est de même (C. Paris, 14 décembre 1882) si, ayant acheté un objet d'art que je tenais pour ancien, et qui tirait pour moi tout son prix de son antiquité présumée, je constate plus tard qu'il est de fabrication récente. Au contraire, le fait que, dans un contrat de bail, le preneur s'est trompé sur le rendement et la réputation de l'hôtel loué, ne constitue pas une erreur essentielle, car, comme l'expose le Tribunal fédéral[1], le rendement et la réputation d'un hôtel peuvent être

[1] *A. T. F.* XII, 633 et s.; XIX, 396, 812 (dans le contrat d'assurance, au sujet de la personne de l'assuré). *Zeitsch. d. b. J.-V.*, XXXII, 65 (erreur sur la mesure — centimètres au lieu de pouces — et outils livrés inutilisables); *H. E.* XVI, 118, *A. T. F.* XXIX[2], 45 et s.

des qualités très importantes de la chose, mais ils ne sont pas l'un ou l'autre de ces éléments dont la présence ou le défaut font entrer la chose louée dans « une catégorie toute différente de biens »; ce serait le cas seulement, si l'établissement lui-même — ce qui ne se rencontrait pas en l'espèce — et le mode de son exploitation étaient tels, que la désignation d' « hôtel » dût être considérée comme inexacte et être remplacée par celle d' « auberge », ou toute autre équivalente.

4° *Lorsque l'obligation contractée par l'une des parties est notablement plus étendue, ou que l'obligation contractée envers elle est notablement moins étendue qu'elle ne le voulait en réalité.* C'est là ce qu'on appelle l'*error in quantitate*. Il faut avouer que ce texte ne brille point par sa précision. Toutes les questions qui se rattachent à son interprétation sont abandonnées à la prudence du juge. Il y aura, ici encore, moins une erreur essentielle qu'un malentendu empêchant le contrat de se former. Le Tribunal fédéral a reconnu[1] qu'il y avait erreur essentielle, lorsqu'une des parties n'entendait être responsable que de la conservation dans sa maison des biens dépendant d'une fondation, tandis que son co-contractant s'était figuré qu'elle répondait aussi pour les déficits éventuels dans l'administration de la dite fondation. Nous aurions également une erreur essentielle, si A. offrant à B. des marchandises pour 10000 fr., B. acceptait en croyant que la vente ne porte que sur un chiffre de 1000 fr. Mais l'erreur ne serait pas essentielle dans l'éventualité que voici : X. vend un objet franc de port et de droits de douane, en calculant que le port et les droits ne se montent qu'à 24 fr., tandis qu'ils s'élèvent à 240 fr.[2]

Disons encore que l'erreur essentielle est caractérisée éminemment par le fait qu'il y a une divergence sensible entre la volonté et l'expression ou la déclaration de la volonté. Et puis, on sait que l'énumération de l'art. 19 est purement énonciative, qu'il peut exceptionnellement y avoir erreur essentielle dans *certains cas d'erreur sur la personne* (cfr. art. 20 ci-après), ou sur les *motifs du contrat* lorsque l'erreur est compliquée d'un *dol* de l'autre partie (cfr. art. 21 et 24).

44. Nous pouvons maintenant passer en revue les cas dans lesquels notre Code n'*admet, en principe, pas d'erreur essentielle*, — dans lesquels l'erreur n'exerce aucune influence sur la validité des contrats. Ces cas sont les suivants :

[1] A. *T. F.* XIV, 318: cfr. *ibid.*, XXIII, 1637, *R. j. f.* XIV, 55 (arrêt du T. F. du 29 Nov. 1895) et *J. d. T.*, XLI, 424 (erreur essentielle lorsque, par le fait d'une erreur commune aux deux parties, l'acheteur a cru que les marchandises offertes étaient cotées en francs alors qu'elles l'étaient en florins).

[2] *H. E.* VIII, 77.

1° *Erreur sur les qualités non substantielles de la chose* formant l'objet du contrat (arg. *a contr.* art. 19, chif. 3).

2° *Erreur sur une différence peu importante de quantité* (cfr. art. 19, chif. 4).

3° *Erreur sur la personne*, dans la mesure fixée ainsi à l'art. 20 : *L'erreur sur la personne avec laquelle on contracte n'est essentielle que si l'on s'est engagé* (ou mieux si l'on a contracté) *principalement en considération de cette personne.* En thèse générale, on contractera moins en vue d'une certaine personne que d'un certain résultat, les raisons de convenance, de sympathie et autres semblables ne tenant pas une grande place dans les transactions. Aussi l'*error in persona* n'est-elle, en principe, pas une cause de nullité des contrats. Que j'achète tel cheval de A. ou de B., que ce soit X. ou Y. qui me loue tel appartement, peu m'importe à l'ordinaire. Et il en serait de même quand je cautionnerais un débiteur envers tel créancier au lieu de tel autre[1] que j'avais en vue, à moins de prouver que la personne du créancier ne m'était pas indifférente et que j'avais cautionné en considération de sa personne. La considération de la personne, l'*intuitus personæ*, ne prend une importance décisive que lorsqu'elle est la cause déterminante de la convention. C'est ce qui a lieu dans les contrats où la confiance ou la bienveillance individuelle joue un rôle prépondérant : dans la donation, par exemple, le louage de services, la société, le mandat, le prêt, etc. Je donne ma maison à X. croyant la donner à Y., je commande mon portrait au peintre A. quand je croyais le commander au peintre B., — ces contrats sont annulables[2].

4° *Erreur sur les motifs du contrat,* sur la *valeur de la chose,* sur la *solvabilité de l'autre partie.* L'art. 21 nous enseigne, à ce propos, que : *L'erreur qui n'est pas essentielle n'infirme pas le contrat. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'elle porte sur les motifs du contrat, sur la valeur de l'objet de la convention ou sur la solvabilité de l'autre partie* (cfr. art 332, al. 2), — à moins que l'une ou l'autre de ces formes de l'erreur n'ait été provoquée par un *dol* (cfr. art. 24). Si de pareilles erreurs pouvaient rendre les conventions non obligatoires, tout commerce deviendrait impossible. J'achète un grand ouvrage, dans la conviction où je suis

[1] *H. E.* VIII, 98., *Zeitsch. des bern. J. V.* XXI, 143 ; voir aussi *ibid.* XXIII, 255.

[2] *A. T. F.* XVIII, 310 (faisons observer, à propos de cet arrêt, qu'il n'est pas exact de dire que l'erreur sur la personne s'entend de l'erreur sur l'identité de la personne seulement : il suffit que l'une des parties ait cru, par une erreur — qui devient alors substantielle, — à l'existence chez l'autre de qualités morales, civiles ou naturelles, que celle-ci n'a pas, et sans lesquelles le contrat n'eût jamais été conclu ; cfr. *Baudry-Lacantinerie*, I, 82, 83 ; voir art. 119, al. 2, C. civ. al.). *Ibid.*, XII, 348.

que mon exemplaire est perdu, et, quelque temps après, je retrouve mon volume : le contrat n'en subsistera pas moins, quoiqu'il ait été motivé par une erreur. Je fais pour 1000 fr. l'acquisition d'un cheval qui en vaut à peine 500 fr. ; la vente est valable, sauf l'application, le cas échéant, des art. 243 et s. Ou encore, pour citer une solution de la jurisprudence[1], j'ai endossé un effet de change ; le recours du porteur est prescrit, ce que j'ignore, et je cautionne pour le montant de l'effet, je ne puis attaquer mon cautionnement sous le prétexte que je l'ai fourni par erreur.

Il résulte, entre autres, de l'art. 21 que la *lésion* n'est plus, en droit fédéral, une cause de rescision des contrats; mais il est inexact de prétendre, comme on l'a fait, que l'action en rescision dérivant de la *laesio enormis* « n'existe plus en Suisse » ; elle existe encore, pour les matières réservées au droit cantonal, lorsque la législation des cantons l'admet (cfr. C. civ. fr. art. 887, 1674 et s., pour Genève et le Jura bernois, etc.); voir, d'ailleurs, nº 41 *bis*.

5º *Erreur de calcul*. L'art. 22 dispose : *De simples fautes de calcul n'infirment point le contrat; mais elles doivent être corrigées*. J'achète 105 sacs de blé à 30 fr. le sac, et, dans son compte, mon vendeur arrive à un total de 3500 au lieu de 3150 fr. ; le contrat est maintenu et il n'y a qu'une erreur d'addition à rectifier.

45. L'erreur essentielle est, pour celle des parties qui en est victime, une cause d'annulation du contrat. Mais on peut presque toujours reprocher à celui qui a commis l'erreur une faute plus ou moins grave, inattention, négligence, sottise, dont il semble injuste que le co-contractant ait à pâtir d'une manière absolue. Quoi qu'il en soit, notre Code ne distingue pas l'erreur excusable de l'erreur inexcusable, pour apprécier ses conséquences au point de vue de la validité des conventions; il ne connaît à cet égard que l'erreur qui est essentielle et celle qui ne l'est point. En revanche, l'erreur qui a entraîné la résiliation du contrat et qui présente les caractères d'une erreur inexcusable engendre un recours dans le sens de l'article 23, une disposition que M. A. v. Thur envisage comme fournissant une équitable solution moyenne entre les diverses théories qui se sont formées à ce sujet : *La partie qui se prévaut de son erreur pour se soustraire à l'effet du contrat, est tenue à des dommages et intérêts* (cfr. art. 50 et s.), *si l'erreur provient de sa propre faute, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître l'erreur*. L'autre partie, quand elle a traité de bonne foi, qu'elle a ignoré et dû ignorer l'erreur imputable à la faute de son co-contractant, peut réclamer une indemnité, si celui-ci fait résilier le contrat, pour le dommage que lui cause la résiliation *(culpa in contrahendo)*. Nous rencontrons ici la notion allemande

[1] A. *T. F.* XIV, 293; cfr. *ibid.* XVIII, 310.

du *negatives Vertragsinteresse,* développée par Jehring et qui a passé dans l'art. 345 du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne (cfr. art. 275, 280 et s., 306 et s., C. civ. al.), tandis que notre Code ne l'a adoptée qu'indirectement dans ses art. 5, al. 2, 23, 43 et 58[1].

§ 2. *Du dol.*

46. *La partie,* dit l'art. 24, *qui a été amenée à contracter par le dol de l'autre partie, n'est pas obligée, même quand son erreur n'est pas essentielle.* Qu'est-ce que le dol ? Les Romains en ont donné une bonne définition, que Pothier traduisait ou plutôt résumait ainsi : « toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper un autre ». Ou, si l'on veut quelque chose d'un peu plus précis, le dol est toute manœuvre contraire aux règles de la loyauté commerciale et destinée à duper une personne avec laquelle on contracte, le rapport de cause à effet devant d'ailleurs être prouvé entre le dol pratiqué et la conclusion du contrat[2].

Le dol doit, en principe, pour produire les effets exprimés à l'article 24, pour servir de base à une action en rescision, être pratiqué *par l'une des parties elle-même* ou le *représentant*[3] de l'une des parties contre l'autre. Il n'est pas une cause de nullité (voir cependant art. 25 ci-après) lorsqu'il est le fait exclusif d'un tiers, et que l'autre contractant ne l'a d'ailleurs ni connu ni dû connaître. Comme l'art. 1116 du C. civ. fr. l'explique plus clairement que notre Code, il faut, en outre, pour qu'il y ait dol, « que les manœuvres pratiquées par l'une des parties soient telles, qu'il paraisse évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». La preuve se fera par indices à l'ordinaire ; elle n'aura pas besoin d'être complète, et le Tribunal fédéral a décidé[4] que lorsque la partie victime du dol a été induite en erreur sur un fait que, d'après l'opinion commune en matière de transactions, on peut considérer comme un élément essentiel de la formation du contrat, il n'y avait pas lieu de lui imposer, par surcroît, la preuve en général impossible à apporter qu'elle ne se serait pas engagée si elle n'y avait pas été amenée par le dol de l'autre. Ajoutons que la partie qui se trompe ne peut exiger, en principe, que l'autre la rende attentive à son erreur[5] ; cfr. art. 243.

[1] *Das negative Vertragsinteresse,* par M. le prof. W. Marcusen, Berne, 1890 (paru d'abord dans *Zeitsch. des b. J. V.* XXVI) ; *A. T. F.*, XXIX², 517.

[2] *A. T. F.* XII, 373, 376, XV, 832 et s.

[3] *H. E.* IX, 305. *Schneider et Fick,* ad art. 25.

[4] *A. T. F.* XII, 637 et s. ; cfr. *J. d. T.*, LII, 34 (arrêt du T. F., du 6 juin 1903).

[5] *A. T. F.*, XXIX², 533.

Mais il n'est pas nécessaire que le dol ait un caractère délictueux. Au regard de la loi civile, le dol « peut consister aussi bien dans le fait d'induire volontairement l'autre partie en erreur, que dans celui de profiter intentionnellement de son ignorance dans un but de lucre[1] », que les artifices mis en œuvre soient, au demeurant, réprimés ou non par la loi pénale. Quant au dol que la doctrine française appelle le *dol incident*[2], c'est-à-dire celui qui, pratiqué au cours de la négociation, n'a pas incité l'autre partie à contracter, mais l'a engagée à accepter des conditions plus onéreuses, nous ne voyons pas qu'on puisse le distinguer assez nettement du *dol principal*, pour affirmer, qu'en droit fédéral, il ne sera jamais une cause de nullité des conventions; car notre texte parle du dol qui a « amené à contracter », ou mieux qui a provoqué ou déterminé la *conclusion* du contrat *(zum Vertragsabschlusse verleitet)*, qu'il se soit produit au début, dans le cours, ou même à la fin des pourparlers ayant abouti à un contrat. Il en est autrement du *dol souffert par la loi*, au moyen duquel on cherche tout uniment à surfaire la valeur de l'objet de la convention et qui, s'il n'excède pas les bornes, assez élastiques, il est vrai, de la réclame permise[3], n'entraînera pas l'application de l'art. 24 (voir aussi art. 19, chif. 3); il y a cependant à toutes choses, même à la réclame, des limites qu'il convient de ne point dépasser, surtout envers des personnes manquant d'instruction ou d'expérience. Et notre Code tient pour un dol viciant le consentement, en dehors de celui qui a engendré une erreur excusable que vous et moi aurions peut-être commise, toute manœuvre déloyale et illicite ayant produit une erreur, essentielle ou non, pardonnable ou non, peu importe qu'on eût pu l'éviter avec un peu d'attention ou d'intelligence, si elle a provoqué ou déterminé la conclusion du contrat.

Au fond, tout se réduit dans ce domaine à des questions de fait; nous insistons toutefois sur ceci : c'est que la loi ne vise pas, dans son art. 24, seulement le dol objectif, qu'elle ne fait pas du dol une notion abstraite, mais attache une grande importance au moment de la subjectivité, à la personnalité de la victime du dol. Nous allons donner quelques décisions de la jurisprudence, après avoir fait observer que le contrat entaché de dol est non pas nul, mais *annulable*[4] (cfr. art. 28) :

Se rend coupable d'un dol, celui qui cède son commerce à une société en nom collectif, en présentant un inventaire faux dont

[1] *A. T. F.* XII, 373, XV, 832, XIX, 539.

[2] D'après M. *A. v. Thur*, l. c., le *dolus vel metus incidens* ne donnerait lieu qu'à des dommages et intérêts.

[3] *H. E.* XVI, 57, XXI, 217.

[4] *A. T. F.* XV, 237.

l'actif doit constituer son apport dans la société [1]. Le fait d'offrir une créance à un prix de beaucoup supérieur à ce que le débiteur reste à devoir, alors que le cédant sait parfaitement ce qui en est et tait au cessionnaire la réduction du montant de ladite créance, est une manœuvre frauduleuse qui peut entraîner la nullité de la cession [2]. S'il est constaté que la partie à laquelle de fausses indications avaient été fournies par son co-contractant, a été amenée à contracter, non point par cela mais par l'examen auquel elle s'est elle-même livrée, il n'y a pas lieu à résilier pour cause de dol [3]. La circonstance qu'une assurée a affirmé, contrairement à la vérité, qu'elle était en bonne santé, qu'elle n'avait aucune infirmité cachée, alors qu'en réalité elle connaissait fort bien la maladie dont elle était atteinte et qui a entraîné sa mort, constitue une cause de résiliation de la police en vertu de l'art. 24 [4]. Un débiteur qui a obtenu de ses créanciers un arrangement avec remise de 50 °/₀, en leur présentant sa situation financière comme beaucoup plus défavorable qu'elle ne l'était, s'est rendu coupable d'un dol; ses créanciers peuvent faire déclarer non obligatoire la remise qu'ils lui avaient accordée et le rechercher à raison du 50 °/₀ primitivement abandonné, cela quand bien même il établirait que ses créanciers n'eussent pas obtenu le 50 °/₀ dans une liquidation juridique [5]. Notons encore que le silence, le seul silence gardé sur des circonstances auxquelles on attache une importance capitale, peut constituer un dol [6].

47. Qu'arrive-t-il lorsque le dol est le *fait d'un tiers?* Notre loi a consacré la solution suivante à l'art. 25 : *Lorsque le dol a été commis par un tiers, la partie qui en est victime demeure obligée, à moins qu'au moment de la conclusion du contrat l'autre partie n'ait connu ou dû connaître le dol,* — ce qui sera, la plupart du temps, bien difficile à lui prouver. Il n'importe pas que la partie contre laquelle la résiliation est demandée soit l'auteur moral du dol commis par un tiers, ou qu'elle le laisse commettre sans s'y opposer, pourvu qu'elle l'ait connu ou dû connaître à l'instant où le contrat s'est formé. Si la partie, complètement étrangère au dol, l'a ignoré ou dû ignorer, son co-contractant n'a qu'un recours en dommages et intérêts contre le tiers qui l'a trompé et, le cas échéant, une action dérivant des art. 70 et s. contre l'autre partie.

[1] *H. E.* VII, 129; cfr. *A. T. F.* XIX, 574; cfr. *Zeitsch. d. b. J. V.* XXXIII, 223 (arrêt du T. F. du 10 Oct. 1896).

[2] *A. T. F.* XII, 373 et s.

[3] *A. T. F.* XII, 637; cfr. *ibid.*, XIII, 245, XV, 818; XXII, 471, 881, XXIII, 1701.

[4] *R. j.* IV, 259 et s. *A. T. F.* XIII, 249, XIX, 812.

[5] *Zeitschrift des bern. J. V.* XXIII, 240.

[6] *H. E.* XVI, 150; *R. jud.*, 1897, 210; *A. T. F.* XXV², 569 et s., XXVII², 558 et s.

Il va de soi, au demeurant, que si le dol pratiqué par un tiers, même à l'insu de toutes parties, a induit l'une de celles-ci dans une erreur essentielle, la convention peut être annulée en vertu de l'art. 19. On sait qu'il ne faut pas tenir pour un « tiers », dans le sens de l'art. 25, le *représentant* de l'un des contractants[1].

48. Le C. O. ne nous dit pas si la partie qui est victime de la part de l'autre d'un dol en l'absence duquel elle eût contracté quand même, peut réclamer, sous forme de dommages et intérêts, — le contrat n'étant pas annulable de par l'art. 24 lui-même, — la récupération du préjudice qu'elle a souffert, dans l'éventualité où le dol aurait pesé seulement sur telle ou telle modalité du contrat, qui en serait devenu plus onéreux. Il n'est pas douteux qu'elle pourra invoquer les art. 50 et s. En thèse générale, toutes les fois que le dol n'est pas une cause de nullité des conventions, il ne peut être que la source d'une action en dommages et intérêts dirigée contre le ou les auteurs du dol (cfr. art. 60), et en outre, d'une action fondée sur les art. 70 et s. contre la partie que le dol exclusif (et ignoré d'elle) d'un tiers a fait s'enrichir sans motif légitime. Il sera utile que celui qui, soit par voie de demande principale, soit par voie d'exception, sollicitera la rescision d'un contrat pour cause de dol, prenne des conclusions éventuelles en dommages et intérêts dans l'hypothèse où le dol ne serait pas reconnu suffisant comme base d'une action en nullité et serait d'ailleurs imputable directement ou indirectement à la partie adverse. Bien plus, un recours en dommages et intérêts pourra se greffer sur l'action en nullité, si celle-ci cause un préjudice à la partie victime du dol (cfr. art. 50 et s.).

§ 3. *De la crainte fondée (violence).*

49. Pourquoi « crainte fondée » — *gegründete Furcht* — et pas violence ? Ce dernier mot, qui est celui de la terminologie française, ne correspondrait-il pas exactement à la « crainte fondée » du C. O. ? Non pas, selon nous, mais notre loi a plus nettement exprimé que le C. civ. fr. (art. 1112), par exemple, que la gravité de la violence ne doit pas être considérée d'une manière abstraite, et qu'il faut l'envisager *in concreto*, eu égard aux cas particuliers. L'art. 27 est ainsi conçu : *La crainte est réputée fondée*[2] *lorsque la partie menacée devait croire, d'après les circonstances, qu'un danger grave et imminent la menaçait elle-même, ou l'un de ses pro-*

[1] *A. T. F.* XV, 628 (une société par actions n'est pas identique avec ses fondateurs, ensorte que le dol de ces derniers ne lui est pas opposable en principe); cfr. *ibid.*, XIX, 574, XX, 217.

[2] *A. T. F.* XV, 860, XXI, 1239, XXIII, 716, XXIV[1], 79.

ches, dans sa vie, sa personne, son honneur et ses biens (al. 1). Le consentement existe ici, il a été donné — *qui mavult vult;* la convention se forme, mais elle est imparfaite en ce qu'elle n'est point, de la part de l'un des contractants, l'expression d'une volonté libre. Toute menace quelconque ne saurait être regardée comme étant de nature à inspirer une « crainte fondée ». Il faut :

1° qu'elle soit ou ait paru *sérieuse,* qu'elle se traduise au reste par des actes ou par des paroles, qu'elle soit destinée dans la pensée de son auteur à être exécutée en cas de résistance, ou qu'elle ait été un simple moyen d'intimidation. Pour décider si la menace était sérieuse, on tiendra compte des circonstances : de la réputation de son auteur, du lieu et de l'heure où la menace a été faite, et, notamment, comme en droit français, « de l'âge, du sexe et de la condition » de la personne qui s'y trouve exposée. Le juge qui aura à statuer se demandera : celle des parties qui se plaint d'une violence devait-elle — étant admis ce qu'elle savait ou pouvait supposer de l'auteur des menaces, les conjonctures dans lesquelles elles se sont produites, son état physique, moral et intellectuel — devait-elle éprouver une « crainte fondée » entravant la libre manifestation de sa volonté ? Ce sont là des questions de psychologie à élucider en considération de la personnalité même des individus en présence ;

2° qu'elle ait fait craindre à la partie menacée l'existence d'un *danger grave et imminent.* Le mot « grave » n'appelle pas d'explications; les faits de la cause seront déterminants à cet égard. Mais quel est le sens exact du mot « imminent » ? Le danger doit-il être présent ou très rapproché ? Ou suffit-il que la crainte inspirée par la menace soit présente ? Nous adopterions cette dernière solution. Ainsi la menace d'incendier ma maison, dit un auteur, n'étant pas susceptible, par sa nature même, de se réaliser immédiatement, ne m'inspirera pas la crainte d'un *mal présent,* mais elle pourra m'inspirer la *crainte présente* d'un mal considérable, et il n'est pas douteux qu'elle puisse être une cause de nullité du consentement qu'elle a servi à m'extorquer et du contrat auquel elle sert de base. Le danger doit toutefois être tel qu'on en redoute la réalisation dans un avenir prochain, mais nous donnerions au mot « prochain » un sens assez étendu. Le texte allemand dit : *nah* pour « imminent » ; et *nah* signifie bien plutôt : prochain, qu'imminent ;

3° que le danger menace *la partie elle-même ou l'un de ses proches.* Qu'est-ce qu'un « proche » — *eine nahe verbundene Person* — dans le cas de l'art. 27 ? Non pas seulement un parent, car le texte allemand aurait dit alors *verwandt* au lieu de *nahe verbunden,* non pas seulement, comme en droit français, « l'époux ou l'épouse, les descendants et les ascendants », mais toute personne à laquelle on est uni par des liens très étroits de parenté ou d'affection, ainsi, d'abord, les membres de la famille restreinte, conjoint

et enfants, les ascendants, d'autres parents comme des frères ou sœurs, et même des collatéraux à un degré plus éloigné auxquels on est particulièrement attaché, des amis très intimes, une fiancée, un pupille, une maîtresse peut-être;

4° que ce danger soit dirigé contre la *vie* (attentat à la vie), la *personne* (sévices), l'*honneur* (calomnie ou diffamation grave), les *biens*;

5° enfin que le contrat ait été conclu *sous l'empire de la « crainte fondée »* (cfr. art. 26 ci-après).

Il est indifférent, d'après la loi (cfr. également art. 26), que la violence ait été exercée par l'une des parties ou par un tiers.

Le 2me al. de notre article ajoute: *La crainte de voir invoquer un droit*[1] *ne peut être prise en considération que lorsqu'on a abusé de la situation critique de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs.* J'aurais donc le droit de menacer un criminel d'une dénonciation, un fonctionnaire coupable d'un avis à ses supérieurs, mon débiteur de poursuites rigoureuses, etc. Mais si j'*abuse* du droit où je suis, en vue de me procurer, non pas toute espèce d'avantage, mais un avantage *excessif*, en terrorisant mon co-contractant, j'ai vicié le consentement de ce dernier et la convention est annulable. Le caractère excessif des avantages devra être établi par celle des parties qui invoque la crainte fondée.

Quoique notre Code soit muet sur ce point, la seule *crainte révérentielle* envers le père, la mère, d'autres ascendants, un tuteur, un patron, ne suffit point pour faire annuler le contrat, si elle ne s'est compliquée de violence; cependant une part relativement faible de violence pourrait, dans ces cas, devenir une cause de rescision.

50. Les effets de la « crainte fondée », quand celle-ci présente les caractères précisés à l'art. 27, sont déterminés en ces termes par notre Code: *Si l'une des parties a conclu le contrat sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée sans droit*[2] (cfr. art. 27 al. 2) *l'autre partie ou un tiers, elle n'est point obligée* (art. 26). Dès qu'une convention s'est formée sous l'empire d'une crainte fondée inspirée *sans droit* (ou en vertu d'un droit dont on abuse pour extorquer un avantage excessif), *par l'une des parties* ou *par un tiers*, le contrat est annulable. Quel que soit donc l'auteur de la violence, les effets en sont les mêmes, à la diffé-

[1] *A. T. F.* XXIV², 79 et s., 823 et s. — Dans une étude publiée par le *J. d. T.* (XLI, 93 et s.), M. le prof. Mentha signale comme « dangereux » l'art. 27, al. 2; il ne semble pas que ses craintes se soient réalisées.

[2] *A. T. F.* XXVI², 64 et s. (ainsi par la menace d'une plainte manifestement calomnieuse).

rence de ce qui est prescrit en matière de dol (cfr. art. 25); cette différence se justifie aisément, l'empire de la violence étant autrement irrésistible que celui du dol.

Outre l'annulation du contrat, la violence peut motiver une plainte au pénal, si les menaces constituent un fait délictueux, et une action fondée sur les art. 50 et s.; cfr. en outre art. 70 et s.

§ 4. *De l'action en rescision.*

51. Le contrat conclu sous l'empire de l'erreur, du dol ou de la violence n'est pas nul de plein droit, nous le savons; il donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, qui s'éteint (cfr. art. 28) dans « le délai d'*un an* à partir de la découverte de l'erreur ou du dol et à partir du moment où la crainte s'est dissipée ». Cette prescription ne peut être interrompue, ou plutôt cette *déchéance*[1] ne peut être écartée que par une notification (écrite ou verbale, l'essentiel étant d'en établir l'existence) de la volonté de ne point maintenir le contrat, ou par la répétition, sous une forme ou sous une autre, de ce que la partie lésée aurait déjà payé (cfr. art. 154, auquel l'art. 28 déroge selon nous, car il établit des formes spéciales et moins strictes de l'interruption de la prescription); mais, une fois la prescription d'un an interrompue, ou mieux la déchéance écartée, c'est un nouveau délai de *dix ans* qui commence à courir dès l'instant de la notification ou de la répétition (ainsi MM. Schneider et Fick).

La faculté de résilier est purement *unilatérale*, comme dans un contrat passé avec un mineur; la seule partie (ou ses ayants-cause) victime d'un dol, d'une erreur, ou d'actes de violence, est en droit d'intenter l'action en rescision; la nullité déclarée est censée alors s'être produite *ex tunc*, *ab initio*[2]. Mais cette partie n'est pas réduite à ce seul moyen.

52. Elle peut :

1° Introduire son *action en rescision*, ou la faire valoir sous forme d'*exception*, et, en cas de *dol* et de *violence*, réclamer en outre des dommages et intérêts en application des art. 50 et s. contre le ou les auteurs du dol ou de la violence (cfr. art. 60), — le tout, sans préjudice d'une plainte au pénal; voir aussi art. 70 et s.

2° Poursuivre ou subir l'*exécution du contrat*, en le ratifiant expressément ou tacitement. Il n'y a rien à faire observer quant à

[1] *A. T. F.* XXVI², 397 et s. (ce n'est pas un délai de prescription, puisqu'il n'a pas pour effet d'anéantir un droit ou une prétention, mais simplement de fixer un terme à partir duquel un contrat vicié devient attaquable par le seul fait de l'expiration de l'année); cfr. *H. E.*, XXI, 69.

[2] *A. T. F.* XXIX², 683 et s.

la ratification expresse (cfr. toutefois art. 28 *in fine*). En ce qui concerne la ratification tacite, voici ce que porte l'art. 28 sur l'explication duquel nous avons déjà empiété: *Le contrat entaché d'erreur ou de dol, ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée, est tenu pour ratifié, lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé écouler une année sans notifier à l'autre sa résolution de ne pas maintenir le contrat, ou sans répéter ce qu'elle lui aurait déjà payé; le délai d'un an court à partir de la découverte de l'erreur ou du dol et à partir du moment où la crainte s'est dissipée* (al. 1) — ou a dû se dissiper. Le fardeau de la preuve du fait que la partie demanderesse a eu connaissance de l'erreur ou du dol à un moment antérieur à celui qu'elle indique, est à la charge du défendeur, d'après l'opinion générale [1]; celui qui allègue un vice du consentement n'a, effectivement, qu'à en établir l'existence, et c'est à son adversaire qu'il incombe de prouver qu'il y a eu ratification, expresse ou tacite, dans le délai de l'art. 28. Nous avons, en outre, l'art. 28 al. 2, qui a trait exclusivement aux cas de dol et de violence: *La partie qui a ratifié un contrat entaché de dol ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée conserve néanmoins, s'il y a lieu, la faculté de demander des dommages et intérêts* (cfr. art. 50 et s.). Ceci s'applique vraisemblablement à la seule ratification *tacite* s'accomplissant dans les conditions fixées à l'art. 28 al. 1; on présume que le défaut d'avoir introduit l'action en rescision n'implique pas une renonciation à l'action en indemnité, s'il y a eu préjudice éprouvé par suite du dol ou de la violence. On présumera, au contraire, qu'une ratification expresse, faite sans réserves, emporte abandon de l'action en dommages et intérêts (soumise à la *prescription de l'art. 69* [2]). Mais, sans doute, la réparation ne s'étendra jamais au préjudice survenu depuis la ratification.

SECTION CINQUIÈME

De la capacité requise pour contracter.

§ 1. *La loi fédérale sur la capacité civile du 22 Juin 1881.*

53. Il existe une connexion telle entre la loi précitée et la matière de notre section, que nous jugeons utile d'exposer à cette

[1] *A. T. F.* XXII, 824, XXVI[2], 401, XXVII[2], 505 et s. (dans le même sens).

[2] *Contra*, prescription de dix ans d'après art. 146, *J. d. T.*, XLII, 483 (arrêt de la Cour civile du canton de Vaud, du 30 Mai 1894); cette décision est contraire à la nature même de l'action en dommages et intérêts de l'art. 28, al. 2, qui ne se fonde pas sur un élément contractuel, mais bien sur un acte illicite placé, par la ratification intervenue, en dehors du contrat même; sic, *Hafner*, ad. art. 28, et *v. Thur*, l. c.

place les règles du droit fédéral sur la *capacité civile ;* nous pourrons passer ensuite à la *capacité de s'obliger par contrat.* On n'ignore point que la loi du 22 Juin 1881 règle uniquement la capacité civile active, la *Handlungsfähigkeit ;* elle ne traite pas de la simple jouissance des droits civils, de la *Rechtsfähigkeit* régie en principe par la législation des cantons[1]. Or on entend par *Handlungsfähigkeit* la capacité de s'obliger personnellement, d'acquérir ou de s'engager de son propre chef, d'agir par soi-même et sans l'intermédiaire d'un représentant légal, — de manifester librement et efficacement sa volonté dans des actes juridiques ; la *Rechtsfähigkeit,* en revanche, n'est que la capacité d'acquérir des droits passivement, sans manifestation personnelle de volonté. Dans ses limites, la loi de 1881 est applicable non seulement aux matières régies par le droit civil fédéral, mais à l'*ensemble du droit privé,* les actes accomplis fussent-ils même soumis à la législation cantonale ; il en est ainsi, notamment, de la capacité de tester (cfr. cependant art. 3, al. 2), comme de celle de s'obliger en vertu de donations ou de ventes immobilières.

54. L'âge étant la circonstance la plus décisive pour déterminer la capacité civile d'une personne, il était nécessaire de fixer avant tout l'âge de la majorité. De nombreuses divergences existaient sur ce point dans notre droit cantonal, la majorité étant acquise ici à vingt-six, vingt-quatre, vingt-trois ans seulement, là, déjà à vingt et un, vingt et dix-neuf ans. Le Conseil fédéral avait proposé d'adopter l'âge de vingt et un ans, admis par la plupart des Etats étrangers, ce qui aurait coupé court à bien des contestations dans une des matières les plus délicates du droit international privé. Mais la majorité civile n'aurait pas été acquise en même temps que la majorité civique (droits politiques, service militaire), et les Chambres s'arrêtèrent pour ce motif à l'âge de *vingt ans.*

L'art. 1 de notre loi est ainsi conçu : *Pour jouir de la capacité civile il faut être majeur. — La majorité est fixée, pour les deux sexes, à vingt ans accomplis ; elle s'acquiert en outre par le mariage.* Dans ces conditions, la majorité s'obtient de plein droit, abstraction faite d'une décision de l'autorité tutélaire à ce sujet (sauf, bien entendu, les cas d'interdiction). Elle donne la faculté absolue d'acquérir des droits et de s'obliger par des actes personnels. Les individus des *deux sexes* sont traités à cet égard sur un pied d'égalité ; ainsi est tombée la tutelle ou curatelle des femmes non mariées qui existait encore, avant 1881, dans quelques cantons. Une femme âgée de vingt ans révolus a l'exercice plein et

[1] *Etude de la loi féd. sur la capac. civ.*, par A. Martin, Genève, 1882. *J. d. T.* XXIX (article de M. H. Carrard). *Message du Cons. féd.* du 7 novembre 1879. *A. T. F.* IX, 480, 562, XI, 195, XIII, 488, XXVII², 100 et s.

entier de ses droits civils (cfr. cependant l'art. 7, pour les *femmes mariées*); les dispositions du droit cantonal qui limiteraient sa capacité civile sont abrogées, et c'est tout spécialement le cas de la défense faite par la législation argovienne aux veuves de souscrire des cautionnements[1] (voir n° 58 ci-après).

55. La capacité civile, qui s'acquiert par: 1° la *majorité;* 2° le *mariage* (cfr. art. 7), s'acquiert aussi 3°: par l'*émancipation*, dont parle l'art. 2 de notre loi: *Le mineur âgé de dix-huit ans révolus peut être émancipé. L'émancipation est prononcée par l'autorité* (cantonale) *compétente. — Le droit cantonal détermine les autres conditions ainsi que les formes de l'émancipation*. Le mineur émancipé est assimilé au majeur; les restrictions que certaines lois cantonales apportaient à sa capacité sont abrogées de fait.

56. Nous donnons sans commentaire l'art. 3: *Les principes en vigueur pour les contrats conclus par les mineurs en matière de meubles, tels qu'ils sont renfermés aux art. 30, 32, 33 et 34 du Code fédéral des obligations, sont aussi applicables aux autres actes juridiques* (relatifs aux constitutions et transferts de droits réels sur les immeubles, aux successions, aux testaments, au mariage, etc.) *faits par des mineurs. — Les dispositions des lois cantonales demeurent réservées en ce qui concerne la capacité de tester appartenant aux mineurs, ainsi que leurs droits vis-à-vis des personnes investies de la puissance paternelle ou des pouvoirs de la tutelle.* Nous laissons de côté l'art. 4, qui n'est que la reproduction textuelle de l'art. 31 C. O. expliqué plus loin; faisons observer toutefois qu'il frappe d'*incapacité civile générale* les personnes simplement « incapables de contracter » en vertu de l'art. 31[2].

57. Les majeurs possèdent en principe l'exercice intégral de leurs droits civils. Des considérations, qu'il serait superflu de développer, ont néanmoins fait frapper d'incapacité civile absolue ou relative diverses catégories de personnes majeures, leur incapacité ne pouvant au reste être prononcée que par un jugement de l'autorité judiciaire ou administrative compétente (cfr. cependant art. 31 C. O.). Nous abordons ici l'*interdiction*, dont le droit matériel est fixé par les art. 5 et 6 de la loi fédérale du 22 Juin 1881, tandis que la procédure est réglée par les cantons.

[1] A. *T. F.* XIV, 84.

[2] *J. d. T.* XLIX, 301 (arrêt du T. F. du 9 Mars 1901, où notre Trib. d'inst. sup. s'est déclaré compétent pour connaître d'un recours dirigé contre un jugement cantonal annulant un testament pour le motif que le testateur n'était pas sain d'esprit).

Voici le texte de l'art. 5: *Les lois cantonales peuvent priver de la capacité civile, soit pour certains actes, soit totalement :*

1° *Les prodigues et les personnes atteintes de maladies mentales ou physiques qui les rendent incapables d'administrer leurs biens, ainsi que les personnes qui, par la manière dont elles administrent leur fortune, s'exposent, elles ou leurs familles, à tomber dans le besoin ;*

2° *Les personnes qui se soumettent volontairement à la tutelle ou à la curatelle ;*

3° *Les individus condamnés à une peine emportant privation de la liberté pendant la durée de cette peine.*

Les cantons fixent la procédure à suivre[1].

La loi énumère *limitativement*[2] les causes d'interdiction, mais elle n'entre pas dans les détails, ne spécifie pas les conditions particulières sous lesquelles telle des causes énoncées plus haut sera censée exister. Les cantons ont une certaine latitude à cet égard; pour ce qui est, par exemple, de la soumission volontaire à la tutelle, ils peuvent la faire dépendre de circonstances déterminées ou laisser une complète liberté d'appréciation à l'autorité ; pour l'interdiction encourue dans le cas de l'art. 5 chif. 3, ils ont le droit de prescrire qu'elle ne sera prononcée qu'ensuite de condamnation à la peine de réclusion, ou de réclusion et de détention correctionnelle, etc. En d'autres termes, la loi fédérale fixe les *causes légales,* mais elle confère aux cantons la faculté de préciser les *faits* caractéristiques qui, dans le cadre de ces causes, pourront servir à motiver une demande en interdiction. Il va sans dire que les cantons ne sauraient abuser de cette faculté pour créer, sous une forme déguisée, d'autres causes d'interdiction que celles ci-dessus, — ainsi pour opinions hétérodoxes ou dangereuses en religion, en politique ou dans d'autres domaines[3], pour condamnation à une simple peine d'emprisonnement. Mais la question de savoir si une demande à fin d'interdiction est fondée, doit être exclusivement tranchée d'après le droit cantonal, ensorte qu'il ne peut être recouru en réforme de ce chef au Tribunal fédéral; seul un recours de droit public est admissible à teneur de l'art. 175 de la loi d'organ. jud. fédérale[4].

Les *effets* de l'interdiction sont réglés par les art. 30 et s. C. O., et par l'art. 6 de notre loi: *Les restrictions apportées à la capa-*

[1] *A. T. F.* XXV[2], 21 et s. (est nul cependant le jugement d'interdiction rendu sans que la partie, qui aurait pu être entendue, l'ait été).

[2] *A. T. F.* IX, 55, 563, XIII, 846, XIV, 558, etc.

[3] *A. T. F.* XIV, 558; cfr. *ibid.*, XV, 450 (capacité de tester; le testateur sain d'esprit, mais qui est sous le coup d'une cause d'interdiction, n'a point perdu par cela même la faculté de disposer pour cause de mort).

[4] *A. T. F.* XXII, 1059 et s., 970 et s.

cité civile à teneur de l'art. 5, chiffres 1 et 2, ne sont opposables aux tiers de bonne foi qu'à partir du moment où elles ont été rendues publiques par un avis inséré dans une feuille officielle du canton dans lequel la mise sous curatelle (tutelle) *a été prononcée, et, dans le cas où, à cette époque, la personne mise sous curatelle* (tutelle) *était domiciliée dans un autre canton, également dans la feuille officielle de ce dernier canton. — Dès la publication de cet avis, les actes juridiques faits par les personnes dont la capacité est ainsi restreinte, en tant que la libre exécution de ces actes ne leur est pas réservée par le droit cantonal, produisent les effets que le Code fédéral (art. 30, 32, 33 et 34) reconnait aux contrats conclus par les personnes de capacité restreinte.* Cet article a d'ailleurs une portée exclusivement *intercantonale,* et non point internationale[1].

58. La capacité civile des *femmes mariées* ne pouvait guère, dans l'état actuel de notre législation, être soumise à des prescriptions uniformes du droit fédéral. Aussi l'art. 7 de notre loi dispose-t-il: *La capacité des femmes mariées est régie, durant le mariage, par le droit cantonal. Sont réservées quant aux femmes commerçantes, les dispositions de l'article 35 du Code fédéral des obligations*[2]. Sauf ce que nous exposerons sous n° 61 ci-après et sauf l'art. 35 C. O., le droit cantonal règle donc les conditions et l'étendue de la puissance maritale, comme aussi les causes pour lesquelles elle prend fin, les sûretés relatives aux biens de l'épouse[3], etc. Les femmes divorcées et les veuves (non la femme simplement séparée de corps) sont absolument capables de contracter. Cependant le Tribunal fédéral a décidé que les restrictions apportées par l'art. 6 de la loi bernoise du 27 Mai 1847 au droit de disposition d'une veuve qui a des enfants étaient maintenues, attendu qu'elles ne rentraient pas dans la matière de la capacité civile, mais constituaient un amoindrissement, fondé sur le droit de famille, de la faculté d'aliéner le patrimoine non encore partagé entre la veuve et les enfants[4].

59. *Est interdite,* porte l'art. 8, *toute restriction de la capacité civile des majeurs pour d'autres causes que celles énoncées dans la présente loi*[5]. *— Les règles particulières du droit cantonal sur la capacité en matière d'adoption demeurent néanmoins réservées.* Après cette réserve en faveur de l'*adoption*, l'art. 9 en consacre une autre relative au *mariage: La capacité de con-*

[1] *A. T. F.* XIV, 342.
[2] *A. T. F.* XVI, n° 43; *E. Huber:* System des schw. P.-R., I, 410.
[3] *A. T. F.* XVI, 301, 302.
[4] *A. T. F.* X, 251.
[5] *R. j. f.* I, 90; cfr. *A. T. F.* IX, 562.

tracter mariage est déterminée par la loi fédérale sur l'état civil et le mariage (du 24 décembre 1874; cfr. entre autres, art. 25 et s.).

Concernant la capacité civile des Suisses à l'étranger et des *étrangers*, nous renvoyons aux explications fournies sous n° 14.

§ 2. *Des personnes capables et incapables de contracter*[1].

60. Ce sont les art. 29 et s. C. O. qui traitent plus spécialement de la *capacité de contracter*, — la forme la plus importante de la capacité civile. *Les personnes majeures des deux sexes*, dit l'art. 29, *peuvent valablement contracter, en tant qu'elles ne sont pas privées de la capacité civile* (en tout ou en partie, et dans la mesure où elles n'en sont pas privées).

Ainsi la capacité de contracter, d'acquérir et de s'obliger par contrat, est la règle générale pour les personnes majeures. C'est, en conséquence, à celui qui se prévaut de l'incapacité d'un majeur qu'il incombera de prouver l'existence de cette incapacité.

Le C. O. ne nous donne pas une énumération des personnes incapables de contracter. Nous pouvons aisément combler cette lacune. Les *incapables* sont:

1° Les *mineurs non émancipés* (cfr. art. 30 et s.);

2° Les *interdits* et les personnes placées sous *curatelle* ou sous *conseil judiciaire*, ces dernières dans les limites où le droit cantonal (ou le jugement rendu à leur encontre) les prive de la faculté d'accomplir certains actes juridiques (cfr. art. 30 et s.);

3° Les *personnes qui n'ont pas la conscience de leurs actes*, ou qui sont privées de l'usage de leur raison (cfr. art. 31);

4° Les *femmes mariées*, dans les cas exprimés par la loi (cfr. art. 35; voir aussi n° 61).

Il existe d'autres catégories encore de personnes relativement incapables, mais nous n'avons pas à nous en occuper ici; il s'agit, entre autres, d'incapacités comme celles prévues par les art 450 al. 3, 1596, 1597, 1840, 2045, 2124 du C. civ. fr. et qui sont du ressort de la législation cantonale.

§ 3. *Effets de l'incapacité de contracter.*

61. Ces effets ne sont pas les mêmes pour toutes les classes d'incapables[2]. Nous rechercherons d'abord, d'une manière générale, ce

[1] *Zeitsch. f. schw. R.*, IV, n. s. (rapport de M. E. Roguin à l'ass. des juristes suisses).

[2] Cette opinion est contraire à celle exprimée par M. E. Roguin (*l. c.*, 607, 625); selon lui, la section du C. O. intitulée « de la capacité requise pour contracter » est applicable d'une manière générale à tous les incapables, aussi pour les matières réservées au droit cantonal.

qu'ils sont à l'égard des *mineurs non émancipés*, des *interdits*, des *femmes mariées* et des majeurs qui ne sont frappés d'incapacité que pour certains actes (prodigues et autres). Suivant nous, les mêmes prescriptions légales (art. 30 et s.) régissent tous ces incapables, dans la mesure, bien entendu, où ils sont privés de leur capacité, sauf ce que nous ferons observer à propos de la femme mariée et de l'art. 31.

Il est évident, qu'aux termes de l'art. 3 de la loi fédérale sur la capacité civile, les effets de tous les actes juridiques accomplis par des *mineurs* (en *matière mobilière et immobilière*, car la loi ne distingue pas sur ce point) sont déterminés par les art. 30, 32, 33 et 34, et c'est incontestablement à tort que M. Haberstich affirmait que « l'application de ces articles était restreinte au droit des obligations et aux transactions mobilières; » l'art. 3 de la loi précitée est formel. Il semble rationnel d'admettre la même solution pour les *interdits*, car la loi fédérale sur la capacité civile a créé un droit uniforme. en dehors des cas qu'elle excepte expressément, pour toute la matière de la capacité, soit de l'incapacité civile (conditions et effets); et, comme les interdits sont assimilés purement et simplement aux mineurs, en ce qui concerne les actes dont ils sont incapables (cfr. art. 6 *in fine* l. c.), les art. 30 et s. doivent avoir, quant à eux, la même portée générale que pour les mineurs.

Mais la question devient fort délicate, lorsqu'elle se pose pour les *femmes mariées*. A prendre à la lettre l'art. 7 de la loi souvent rappelée, les conditions et les effets de leur incapacité seraient du domaine exclusif de la législation cantonale. Cependant l'art. 30 al. 1, a, selon nous, étendu aux femmes mariées l'application des art. 30, 32, 33. C. O. (l'art. 34 ne pouvant entrer en ligne de compte, au vu de l'art. 35, du moins lorsque le mari n'est pas dans l'impossibilité matérielle ou morale d'autoriser son épouse; nous reviendrons sur ceci), puisqu'aussi bien il ne parle pas seulement des mineurs, des interdits ou autres majeurs frappés d'une incapacité moins complète que celle qui découle de l'interdiction, mais de *tous les majeurs privés de la capacité de contracter*, ainsi des femmes mariées également. Il est certain, d'autre part, que l'art. 3 de la loi fédérale sur la capacité civile ne concerne pas les femmes mariées, que, dès lors, ce ne sont pas les effets de tous leurs actes juridiques qui se trouvent régis par les art 30 et s., mais uniquement les effets de ceux de ces actes rentrant dans le domaine des transactions mobilières (des « contrats en matière de meubles », comme dit l'art. 3 susvisé); dans ces limites, les art. 30 et s. s'appliquent aux femmes mariées comme aux mineurs et aux interdits. En résumé, la réserve formulée à l'art. 7 de la loi de 1881 concernerait: 1° les conditions mêmes de la capacité ou de l'incapacité civile des femmes

mariées [1], notamment l'étendue de la puissance maritale ; 2° les effets des actes juridiques accomplis par elles, en dehors des matières régies par le C. O. (contrat de mariage, succession, droits réels sur des immeubles, etc.). Il semble bien que ceci ne puisse guère être contesté, si l'on compare les art. 3 et 7 de la loi précitée ; le silence du législateur, à l'art. 7, opposé au texte de l'art. 3, alin. 2, ne peut s'interpréter dans le sens d'une application extensive des art. 29 et s. à la capacité de contracter des femmes mariées. Anomalie, dira-t-on ; anomalie regrettable, ajouterons-nous, mais on ne saurait décider à l'encontre des dispositions légales elles-mêmes.

M. le professeur F.-H. Mentha [2], tout en admettant que « les art. 30 al. 1, 32, 33, s'appliquent pleinement à la femme mariée, bien qu'ils ne soient pas rappelés dans l'art. 7 de la loi sur la capacité civile », estime que « le consentement du mari, aux libéralités même pures et simples faites à sa femme, est toujours nécessaire, nonobstant l'art. 30 al. 2 C. O., lorsque la législation cantonale en fait un attribut de la puissance maritale elle-même ; tandis qu'il est superflu, comme contraire à ce même article, lorsque la législation cantonale n'y voit que la conséquence du droit exclusif d'administration du mari dans un régime qui n'est pas obligatoire ». La distinction est ingénieuse, mais arbitraire. Assurément, il serait désirable que l'art. 30 al. 2 n'autorisât pas la femme mariée — dont l'incapacité civile est consacrée par tous nos Codes cantonaux — à accepter sans le consentement du mari des libéralités équivoques, qui pourraient troubler la paix et compromettre la dignité du ménage. Nous ne voyons pas toutefois qu'il soit permis de faire l'exception proposée par M. Mentha ; elle est inconciliable avec les termes de l'art. 30 al. 2. Cette prescription légale peut être invoquée par la femme mariée pour tous les actes juridiques dont l'objet n'est pas soustrait à l'empire du Code fédéral, ensorte qu'une femme mariée aurait le droit, sans autorisation de son représentant légal, d'accepter une libéralité *mobilière*, alors qu'une libéralité comprenant des immeubles ne pourrait être valablement acceptée par elle que conformément au droit cantonal [3].

62. Ces préliminaires posés, nous pouvons aborder l'examen même des dispositions du C. O. sur les effets des actes juridiques accomplis par des incapables. *Les mineurs et les majeurs privés*

[1] *A. T. F.* XVI, 301 et s. ; cfr. *ibid.* X, 543.

[2] *J. d. T.* XXXVII, 65 et s.

[3] *A. T. F.* X, 546. L'art. 30 al. 2, est invoqué dans cet arrêt comme applicable aux libéralités faites aux femmes mariées, — du moins aux libéralités mobilières (« l'épouse n'ayant acquis que des droits par le contrat passé avec son mari n'avait pas besoin pour conclure de l'autorisation de l'autorité tutélaire, art. 30 al. 2 C. O. »).

de la capacité de contracter, porte l'art. 30 al. 1 (le texte allemand dit, avec plus d'exactitude: *insofern ihnen die Vertragsfähigkeit entzogen ist*, soit, *en tant qu'ils* sont privés de la capacité de contracter) *ne peuvent s'obliger ou renoncer à des droits qu'avec le consentement de leur représentant légal*. Ce « représentant légal », tuteur, conseil judiciaire, curateur, mari, est désigné par le droit des cantons, qui peut prescrire, en outre, une autorisation spéciale de l'autorité tutélaire pour certains actes que le tuteur, par exemple, ne peut faire de son chef pour le compte de son pupille (cfr. art. 32 et 33 ci-après, ainsi que la loi féd. sur la cap. civ., art. 3, al. 2 et 6, al. 2). Mais, tandis qu'en droit français, l'incapable ne saurait passer valablement seul, même un contrat qui lui procurerait exclusivement des avantages, l'al. 2 de notre art. 30 déroge ainsi au principe général : *Ils n'ont pas besoin de ce consentement* (du représentant légal) *pour intervenir dans un contrat ayant uniquement pour but de leur conférer des droits ou de les libérer d'une obligation*. Notre texte parle « d'intervenir dans un contrat », ce qui est beaucoup trop vague : c'est « conclure un contrat », *einen Vertrag eingehen*, qu'il aurait fallu dire. Il n'est pas difficile de justifier l'exception de l'art. 30 al. 2. L'incapacité civile est considérée par le législateur comme une faveur ou une nécessité ; l'incapable ne doit pas courir le risque, à raison de son inexpérience, ou de la maladie dont il est affligé, ou de la détention qu'il est condamné à subir, d'agir contre son intérêt et de sacrifier ses droits. Mais, comme le remarque M. Mentha, dans l'étude que nous avons signalée : « Il ne faut pas que l'incapacité dépasse le but que la raison lui assigne et personne ne doit être plus incapable que son intérêt ne l'exige. Où le danger disparaît, la protection est inutile, et il n'est pas besoin de beaucoup d'esprit pour s'enrichir des largesses d'autrui. » Dès néanmoins que la libéralité serait onéreuse pour l'incapable, qu'elle serait grevée de charges, qu'elle ne serait pas absolument gratuite, le consentement du représentant légal redeviendrait nécessaire. Notons encore que les incapables de l'art. 31 ne sont pas mis au bénéfice de la règle de l'art. 30 al. 2, qu'ils soient au reste placés ou non sous tutelle ou sous curatelle, car, pour pouvoir « intervenir » dans un acte, même purement gratuit, sans le concours de son représentant légal, il faut que les incapables soient en mesure de se rendre compte de ce qu'ils font. Celui qui n'a pas de volonté n'en peut exprimer une que la loi reconnaisse.

63. Quels sont maintenant les *effets* des contrats conclus par des incapables non autorisés ? Nous avions admis que ces contrats étaient simplement annulables. En réalité, et à bien considérer les termes des art. 30 et 32, l'incapable n'a pu s'obliger, même d'une manière imparfaite, et la ratification seule (avec rétroaction sans

doute, quoique la loi ne le dise pas,) peut conférer une existence légale à l'obligation *nulle* en soi (voir le cas de l'art. 46). L'art. 32 dispose: *Le contrat fait sans le consentement requis* (cfr. art. 30 al. 1) *peut être ratifié, soit par le représentant légal, soit par le contractant lui-même, si celui-ci est devenu capable dans l'intervalle* (al. 1). L'état d'incapacité de l'une des parties donne donc à celle-ci, soit à son représentant légal, la faculté de tenir le contrat pour inexistant, ou d'en exiger l'exécution en le ratifiant dans les circonstances établies par la loi. Selon que le contrat, formé sans le consentement requis, sera ou ne sera pas avantageux pour l'incapable, l'exécution en peut être poursuivie, ou la nullité invoquée (cfr. art. 33). La ratification pourra être expresse ou tacite, moyennant qu'elle émane d'une personne ayant qualité de la donner.

Mais il serait peu équitable de tenir à la discrétion de l'incapable la personne qui a traité avec ce dernier. Non seulement notre Code, plus large que le droit français, renferme la disposition de l'art. 33 *in fine*, mais il dit au 2me al. de l'art. 32: *L'autre partie cesse d'être liée, si le contrat n'est pas ratifié dans un délai convenable fixé par elle, ou, sur sa demande, par l'autorité* (cantonale) *compétente*. Aussi longtemps que le contrat n'est pas ratifié, la partie capable reste obligée, mais elle peut se dégager dans la forme prévue à l'art. 32 al. 2. La nullité dérivant de l'incapacité pourra être invoquée par voie d'exception ou de demande principale; la durée du droit de ratifier est, en principe, de *dix ans*, ensorte que si, par impossible, un contrat conclu par un incapable n'avait pas été ratifié dans ce délai, ou si l'autre partie n'en avait pas déterminé la rupture en application de l'art. 32 al. 2, il devrait être tenu pour inexistant[1].

A défaut de ratification, porte l'art. 33, *chacune des parties peut se faire restituer ce qu'elle a déjà payé* (al. 1). Il y aura donc lieu à restitution toutes les fois que le contrat sera annulé, soit par suite d'une entente entre les intéressés, soit par suite d'un jugement, soit à raison de la ratification qui ne se serait pas produite dans le « délai convenable » de l'art. 32 al. 2. Si le contrat n'est pas exécuté, les parties sont en somme traitées de la même manière. *Toutefois*, nous apprend le 2me al. de l'art. 33, *celle d'entre elles qui n'est pas liée par le contrat* (l'incapable) *n'est tenue que jusqu'à concurrence du profit déjà réalisé ou existant encore lors de la répétition, ou de celui qui existerait si elle ne s'en était dessaisie de mauvaise foi* (cfr. art. 71 et 73)[2].

[1] Cfr. *Zeitsch. f. schw. R.*, XII, n. s., 110. — En conséquence, nous ne pourrions décider, avec la doctrine française (*Baudry-Lacantinerie*, II, 676 et s.), que l'annulation ou la rescision des engagements pris par des personnes inhabiles à contracter laisse subsister une *obligation naturelle*.

[2] *A. T. F.* XIX, 300.

Ainsi la partie capable est obligée de restituer *tout* ce qu'elle a reçu. Un mineur vend un objet qu'il délivre à son co-contractant, le tuteur introduit une action en répétition, l'acheteur doit restituer l'objet vendu, ou sa valeur. Le mineur, lui, n'aura à rendre que le profit réalisé par le contrat ou existant encore lors de la répétition, ou qu'il aurait gaspillé ou détruit de mauvaise foi (soit personnellement, soit par son tuteur) en vue de faire échouer la demande en restitution. Si, dans l'exemple ci-dessus, le mineur est encore en possession du prix de vente, ou si ce prix a été employé utilement, à payer son entretien, des vêtements, etc., il est tenu de le rembourser à son co-contractant; même solution si lui, ou son représentant légal, s'en est frauduleusement dessaisi. En revanche, s'il l'a dépensé au cabaret ou en fredaines, sans intention dolosive d'ailleurs, il ne reste à l'acheteur qu'à en faire son deuil, sauf, le cas échéant, à actionner le surveillant « légal » de l'art. 61 comme partie civilement responsable. L'existence d'un profit sera présumée, toutes les fois que la prestation de la partie capable aura eu une valeur (voir nº 100 ci-après); admettre le contraire serait rendre l'action en répétition impossible ou illusoire dans la plupart des circonstances.

D'autre part (art. 33 al. 3): *Si elle* (la partie incapable) *s'est faussement donnée pour capable, elle est responsable envers la partie induite en erreur du préjudice qu'elle lui a causé*[1] (cfr. art. 23, 50, 471). La partie lésée peut, dans cette hypothèse, porter une plainte en escroquerie et rechercher également, si les faits de la cause s'y prêtent, le surveillant « légal » de l'art. 61 comme partie civilement responsable. Il n'est pas douteux cependant que, si la partie lésée avait su ou dû savoir que la partie qui contractait avec elle était un incapable se donnant faussement pour capable, l'art. 33, al. 3, cesserait d'entrer en ligne de compte; il faut donc, pour que cette disposition légale puisse être prise en considération, la bonne foi du co-contractant et la mauvaise foi de l'incapable. Faisons encore observer que l'incapable de l'art. 31, qui réussirait (sans se trouver d'ailleurs dans un intervalle lucide, circonstance qui le ferait assimiler alors à une personne capable) à se donner comme étant conscient de ses actes, ne tomberait pas sous le coup de l'art. 33.

64. Il est des personnes, même majeures, qui doivent être frappées d'incapacité civile *absolue*, parce qu'il leur est matériellement impossible de manifester, fût-ce d'une manière imparfaite, le consentement libre et raisonné qui est la condition *sine qua non* de la formation du contrat. *Les personnes*, dit l'art. 31, *qui n'ont pas conscience de leurs actes, ou qui sont privées de l'usage de leur*

[1] *R.j.f.* III, 188; cfr. *A. T. F.* XIX, 303, XX, 1056 et s. (le fait de ne pas déclarer son incapacité au moment du contrat ne tombe pas sous le coup de ce texte, si la bonne foi n'exigeait pas cette déclaration).

raison, sont absolument incapables de contracter, tant qu'elles se trouvent dans cet état (cfr. art. 4, loi féd. du 22 Juin 1881). Les incapables de l'art. 31 sont, entre autres, les enfants en bas âge, les idiots, les aliénés, tous ceux qui, en vertu même de causes passagères, et peut-être par leur faute (sauf ici, les art. 50 et s.), sont momentanément impuissants à exprimer une volonté consciente. On peut se demander si les aliénés (non interdits) contractent valablement pendant les intervalles lucides que leur laisse la maladie; l'affirmative ne nous paraît point douteuse au vu de l'art. 31 *in fine*, mais nous ajoutons que la personne qui aurait traité dans un intervalle lucide avec un individu qu'elle savait ou devait savoir troublé à l'ordinaire dans ses facultés mentales, aurait à prouver l'existence de l'*intervallum lucidum*. Ce cas excepté, le fardeau de la preuve est imposé à celui qui se prévaut de l'état d'incapacité pour faire tenir le contrat comme non avenu, cela tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un majeur ou d'une personne, qui, d'après les lois naturelles, doit, dans des circonstances normales, avoir la conscience de ses actes. C'est une question de fait que celle de savoir si une partie était incapable dans le sens de l'art. 31; le Tribunal fédéral[1] a décidé, par exemple, que de ce que l'une des parties était âgée de 90 ans, à moitié aveugle et atteinte de surdité, on ne pouvait en inférer l'inconscience ou la privation de l'usage de la raison.

L'incapacité naturelle de l'art. 31, qui produit ses effets de plein droit, que l'incapable soit ou non en état de minorité ou d'interdiction, fait considérer comme radicalement *nuls* (cfr. art. 30), les actes juridiques accomplis par lui; ces actes sont inexistants, et il est bien entendu qu'une ratification n'en peut avoir lieu utilement.

Le dommage causé par les actes illicites de personnes inconscientes à l'époque où elles les ont commis, sera réparé en conformité des art. 57, 58 et 61.

65. La loi a dû établir des règles spéciales pour certaines situations particulières. C'est le cas pour les *mineurs* et *les diverses catégories d'incapables de l'art. 34*, ainsi que pour les *femmes mariées* de l'art. 35 C. O. Ces incapables se trouvent, dans les circonstances suivantes, au bénéfice d'une sorte d'*émancipation partielle :*

1° *Mineurs* et *incapables de l'art. 34* (interdits, prodigues, etc.): *Celui qui, n'ayant pas la pleine capacité de contracter, exerce seul* (le texte allemand dit: *selbstständig* — d'une manière indépendante, — ce qui n'est pas tout à fait la même chose), *avec l'autorisation expresse ou tacite de son représentant légal, une profession ou une industrie, s'oblige sur tous ses biens pour les*

[1] *A. T. F.* XIV, 285.

affaires rentrant dans l'exercice régulier de cette profession ou de cette industrie (art. 34 : cfr. art. 47, 38 et s. L. P.) Le tuteur ou curateur peut donc, sans l'intervention de l'autorité tutélaire, permettre à son pupille d'exercer de son propre chef et pour son propre compte, soit seul, soit de concert avec un ou des associés, une profession ou une industrie quelconque, sauf, naturellement, à engager sa responsabilité vis-à-vis du pupille ou des tiers, si le droit cantonal le prescrit (cfr. aussi art. 61 C. O.), toutes les fois que sa tolérance constituerait une imprudence ou une négligence. Cette permission peut résulter d'une autorisation formelle, ou seulement des circonstances, en ce que, le tuteur le sachant ou devant le savoir, son pupille exerce indépendamment une profession ou une industrie. Mais s'il lui en a défendu l'exercice, et si l'incapable brave cette défense ? Les tiers de bonne foi pourront sans doute invoquer quand même l'art. 34. L'incapable s'oblige alors *sur tous ses biens*, meubles et immeubles, car *lex non distinguit*, à raison des actes qu'il accomplit dans l'exercice *régulier*[1] de sa profession ou de son industrie ; il est réputé majeur à l'égard de ces actes. Ainsi, un mineur travaille comme horloger, au su et du consentement exprès ou tacite de son tuteur ; il ne peut exciper de sa minorité pour les achats et ventes qu'il passe et qui concernent son métier (achats d'outils, ventes de déchets, etc.), pour les conventions relatives à ses services qu'il loue, au prix de son travail ; en revanche, s'il est actionné en justice de ce chef, l'action sera dirigée contre le tuteur et le droit cantonal est déterminant sur ce point, mais, s'il est simplement exposé à des poursuites, l'art. 47 de la loi fédérale sur la matière permet de l'atteindre directement[2].

2° *Femmes mariées*. D'après l'art. 35[3] : *La femme mariée qui exerce indépendamment, avec l'autorisation expresse ou tacite de son mari, une profession ou une industrie, s'oblige dans la mesure indiquée à l'article précédent* (soit « sur tous ses biens »), *quels que soient les droits de jouissance ou d'administration accordés au mari sur les biens de sa femme* (al. 1). La femme mariée, qui est frappée d'incapacité civile plus ou moins complète par toutes nos lois cantonales, doit être autorisée par son mari dans l'espèce qui nous occupe, et il n'est pas besoin, même si le droit cantonal l'ordonnait, d'une autorisation supplémentaire de

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXI, 145, *R. j. f.* III, 19, *H. E.*, XIV, 79 (l'achat et la construction d'immeubles ne rentrent pas dans l'exploitation régulière d'un atelier); cfr. *A. T. F.* XXVIII[2], 256 et s. (une entreprise de construction comprend, régulièrement, toutes les transactions qui s'y rattachent d'une manière normale, même la cession et la reprise de créances hypothécaires).

[2] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVII, 39 (article de M. A. Reichel).

[3] *A. T. F.* XIII, 4, 521 ; cfr., XXVIII[2], 256 et s. (l'étendue des mots « profession ou industrie » doit s'interpréter *in concreto*).

quelque conseil de surveillance. La femme n'est, au reste, soumise à l'art. 35 que lorsqu'elle exerce, indépendamment, une profession, une industrie séparée de celle de son mari, — que la même industrie soit exercée ou non par le mari, peu importe, pourvu que l'épouse ne soit pas un simple aide, commis ou mandataire de ce dernier. Sa profession ou son industrie peut s'étendre aux transactions immobilières comme aux transactions mobilières, comprendre, entre autres, l'achat et la vente d'immeubles, et tous les engagements dérivant d'un exercice « régulier » de cette profession ou de cette industrie, sont valables, même des constitutions d'hypothèque (voir p. 89, note 1).

Si le mari est incapable, ou absent, l'autorisation maritale peut-elle être utilement remplacée? Il n'est pas exact de dire que le droit cantonal résout cette question. De même qu'en droit français, l'autorisation de la « marchande publique » de l'art. 220 C. civ. ne peut émaner que du mari seul, de même, d'après notre Code, le *mari seul* a qualité pour autoriser son épouse à exercer une profession ou une industrie indépendante; l'art. 35, effectivement, ne parle que du « mari », et le droit cantonal ne peut ni étendre ni restreindre la portée de cet article, quoiqu'il y ait d'assez graves inconvénients à empêcher une femme mariée, dont le mari, incapable ou absent, ne lui offre plus de soutien ou est même tombé à sa charge, d'exercer un métier avec les conséquences prévues dans la dite prescription légale. Une femme mariée, qui ne pourra s'obliger que dans les limites de l'art 34, ne jouira souvent que d'un crédit très relatif, puisque la responsabilité du mari sera exclue ici dans tous les cas.

Et si le mari *refuse* d'autoriser son épouse? Celle-ci est mise en général dans l'impossibilité d'exercer une profession ou une industrie indépendante en conformité de l'art. 35. Si elle l'exerçait quand même, les tiers de bonne foi seraient vraisemblablement protégés et pourraient invoquer la disposition légale précitée tout entière.

Lorsque le mari *ne peut* autoriser son épouse, est incapable ou absent, et que celle-ci est cependant autorisée par justice, ou par le représentant légal du mari désigné par la législation du canton, l'étendue de ses obligations (en matière de *meubles* seulement), est fixée, non par l'art. 35, mais par l'art 34. Il va sans dire, au surplus, qu'un mari en état de faillite n'est pas un incapable et peut donner l'autorisation de l'art 35[1].

La femme mariée, même autorisée, ne peut ester en justice, si la loi cantonale lui refuse ce droit, la matière de la représentation au cours d'une instance n'étant pas du ressort de notre Code; elle peut, en revanche, être poursuivie personnellement (cfr. art. 47 L. P.)[2].

[1] *R. j. f.* VI, 60. — *Schneider et Fick*, 101 *(contra)*.
[2] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVII, 39 (article de M. A. Reichel).

Mais, selon les deux derniers alinéas de l'art. 35 : *Elle oblige en outre* (de tous ses biens), *soit son mari si, d'après le droit cantonal, les biens de la femme mariée passent au mari, soit la communauté si c'est sous le régime de communauté que les époux sont mariés. — Le droit cantonal peut imposer au mari une responsabilité plus étendue.* Alors, elle s'oblige non seulement sur tous ses biens, non seulement elle peut, pour les affaires rentrant dans l'exercice régulier de sa profession ou de son industrie, aliéner même ses immeubles et les hypothéquer (les immeubles dotaux y compris, dans les cantons où la loi les frappe d'inaliénabilité), mais le mari, ou la communauté, encourt une responsabilité directe dans la mesure établie à l'art. 35 al. 1 et 2, qui est malheureusement conçu en termes très généraux et, partant, très vagues. Que signifient les mots « passent au mari »? Il semble bien, à consulter le texte allemand — *in das Vermögen des Mannes übergehen* — qu'il s'agit d'un droit de propriété obtenu par le mari sur les biens de la femme par suite du mariage. Mais sur quels biens ? Suffit-il qu'une faible partie des biens de l'épouse, le surplus demeurant propre à cette dernière, « passe au mari », pour que celui-ci encoure la responsabilité de l'art. 35 al. 2? Ou faut-il que le mari ait acquis la propriété de la majeure partie de la fortune de la femme, ou de cette fortune tout entière, — et à quel moment? Ou encore, une responsabilité partielle, proportionnée à la valeur des biens de l'épouse qui avaient « passé au mari » lors de l'obligation contractée par la femme et à raison de laquelle celle-ci est recherchée, peut-elle s'imaginer? Cette solution, qui présenterait, il est vrai, bien des difficultés pratiques, ne nous paraît pas moins la seule équitable. Il y a plus. La responsabilité du mari, ou de la communauté, est-elle simplement subsidiaire? Oui sans doute, sous réserve de l'art. 35 *in fine*.

SECTION SIXIÈME

Des contrats conclus par représentants[1].

§ 1. *Des contrats conclus par des représentants à ce autorisés.*

66. Les art. 36 et s. renferment les dispositions générales de notre Code sur la *représentation* dans les contrats ; le *mandat* des art. 392 et s. n'est qu'une variété de la représentation elle-

[1] *R. j.* II, 65 et s., 119 et s. *Zeitsch. des bern. J. V.* XXI, 113 et s. (article de M. Affolter). *Vogt*, 48 et s. *Hafner*, 10 et s., et les commentaires de *Jacottet, Haberstich* et *Schneider et Fick*. *A. T. F.* XII, 338, 346, XIII, 90, 504, 520, XIX, 365, 537, 831.

même, et encore seulement dans les circonstances où le mandataire agit au nom du mandant (voir nº 543). On peut contracter, soit directement, soit par des intermédiaires autorisés (art. 36 et s.) ou non autorisés à cet effet (art. 46 et s.). *Lorsqu'un contrat,* dit l'art. 36, *est fait au nom d'une autre personne par un représentant dûment autorisé, c'est le représenté et non le représentant qui devient directement créancier ou débiteur.* Tel est le principe ; le mode de leur formation est la seule particularité de ce genre de contrats. Une fois conclus, ils produisent les mêmes *effets* que toutes autres conventions, comme si le représenté avait contracté personnellement. Le représentant sera un mandataire légal — mari, tuteur, — ou conventionnel. L'essentiel, pour que l'art. 86 soit applicable, c'est que le représentant soit autorisé, au moment de la convention, à contracter en vertu de pouvoirs généraux ou spéciaux (cfr. art. 394). Lorsque le contrat est passé sous réserve de ratification, le défaut de celle-ci ne donne naturellement pas lieu à une action en dommages et intérêts ; l'autre partie ne peut qu'agir en conformité de l'art. 47[1].

La loi suppose, dans l'espèce de l'art. 36, que le représentant s'est donné comme tel. *Si,* ajoute l'art. 37, *lors de la conclusion du contrat, le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier ou débiteur que dans le cas où l'autre contractant devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation ; en cas contraire, il faut une cession* (cfr. art. 183, 185, 399, 442 al. 2) *de la créance, ou une acceptation de la dette* (cfr. art. 142 chif. 2) — le texte allemand dit : *eine Schuldübernahme,* une délégation — *faites conformément aux principes qui régissent ces actes.*

67. Quant à l'*étendue* des pouvoirs, l'art. 38 dispose en première ligne : *Le pouvoir de contracter pour autrui, en tant qu'il découle soit de relations de famille ou de succession, soit du droit public, est réglé par le droit cantonal*[2] *ou par des dispositions spéciales du droit fédéral.* Ainsi la question de savoir quels sont les droits du père comme représentant de son fils dans les actes civils, ou du tuteur à l'égard du pupille, ou du mari à l'égard de la femme, ou de l'héritier qui se trouve encore dans les délais pour faire inventaire et délibérer à l'égard de la succession, ou des fonctionnaires de la Confédération, du canton, des communes, ou même des représentants de personnes juridiques et fondations publiques administrées par des autorités communales[3], — cette ques-

[1] *A. T. F.* XX, 1167 et s.
[2] *A. T. F.* XXV², 1009 et s.
[3] *A. T. F.* XII, 338.

tion se règle d'après la législation cantonale ou fédérale réservée à l'art. 38.

En revanche, lorsque le droit de représenter a sa source dans une convention, c'est cette dernière elle-même qui en fixe les limites. *Lorsque le pouvoir découle d'un contrat,* porte l'art. 39, *la nature et l'étendue en sont déterminées par la convention intervenue expressément ou tacitement entre le représenté et le représentant* (cfr. d'ailleurs art. 392 et s., 422, 426, 429, 561 et s., 598, 611, 651 et s., 676, 695 et s.). — *Il n'est pas préjugé* (sic) *aux dispositions du présent code qui déterminent les attributions légales des administrateurs de sociétés, des fondés de procuration et autres représentants ou mandataires commerciaux,* — dispositions que nous venons de signaler entre parenthèse ; cette réserve concerne également le droit de révoquer et de restreindre les pouvoirs des dits mandataires.

68. Mais les pouvoirs sont essentiellement *révocables.* Comme nous l'apprend l'art. 40 : *Le mandant a en tout temps le droit de limiter ou de révoquer les pouvoirs qu'il a conférés, sans préjudice des réclamations que le mandataire peut avoir à former contre lui en vertu du contrat* (cfr. art. 402, 428, 647, 540, et voir les dérogations des art. 539, 555, 561, 594, 598, 654, 676, 700, de même que les art. 423 et 424). — *Est nulle toute renonciation à ce droit* (de révoquer) *faite d'avance par le mandant* (cfr. art. 539, 708). La faculté de révoquer les pouvoirs, pour le tout ou en partie, existe, qu'ils aient été conférés pour un temps fixé ou sans fixation de temps[1]. L'art. 40 se rapporte aux relations des *parties* entre elles. Qu'en est-il à l'égard des *tiers?* A l'égard de ceux qui ne connaissent pas et qui n'ont pu connaître l'existence des pouvoirs, le plus simple sera, pour le mandant, de réclamer au mandataire l'écrit qui les constate et de le mettre ainsi dans l'impossibilité de l'obliger par ses actes en l'empêchant d'établir désormais sa qualité de représentant; il est vrai que le mandataire peut refuser (cfr. art. 43) de délivrer le titre constitutif de ses pouvoirs et qu'alors il lie valablement, sauf recours du mandant contre lui en dommages et intérêts, son représenté envers les tiers de bonne foi, car, comme le prescrivait l'art. 2005 C. civ. fr., « la révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation ». Mais quand il s'agit d'un mandat dont les tiers ont connu ou dû connaître l'existence, notre Code ne les protège pas très efficacement contre les effets de la révocation. Ne lisons-nous pas à l'art. 41 : *Lorsque le représenté a fait connaître, soit en termes exprès* (par des circulaires, des annonces ; en cas de délivrance d'une procuration écrite, voir art. 43), *soit par ses actes*

[1] *H. E.* VIII, 281.

(en exécutant les contrats passés par une autre personne en son nom, ou en laissant agir en son nom une autre personne, le sachant et le voulant[1], etc.), *les pouvoirs qu'il a conférés, il ne peut en opposer aux tiers de bonne foi la révocation totale ou partielle, que s'il a fait connaître également cette révocation.* La publicité de la révocation, pour devenir opposable, *même aux tiers de bonne foi,* doit sans doute avoir lieu dans les mêmes formes que la publicité donnée aux pouvoirs conférés, ou dans une forme au moins équivalente. En ce cas, elle serait opposable d'une manière absolue même à ceux qui l'ignoreraient (cfr. entre autres, art. 425, 560, 561, chif. 3, 598, 651 et s., 676, 697 et s.); en cas contraire, elle n'est opposable qu'à ceux qui en ont eu connaissance (cfr. art. 43, al. 2).

Le mandataire — art. 43 — *qui a été nanti d'un titre constatant ses pouvoirs est tenu, lorsqu'ils ont pris fin* (cfr. art. 40 et 42) *de le restituer ou d'en effectuer le dépôt en justice. — Si le mandant ou ses ayants droit négligent de l'y contraindre, ils répondent à l'égard des tiers de bonne foi du dommage résultant de cette omission* (cfr. art. 50 et s.). Le mandant ou ses ayants droit ont, contre le mandataire qui se refuse à rendre immédiatement sa procuration révoquée, une action en restitution des pouvoirs délivrés par écrit; ils auront aussi, contre lui, une action en dommages et intérêts pour tout le préjudice que leur causerait l'exécution abusive du mandat éteint. Ils ont, d'autre part, l'obligation de rentrer en possession du titre constatant les pouvoirs, s'ils ne veulent pas s'exposer à encourir, envers les tiers de bonne foi, une responsabilité pour les actes accomplis par le mandataire en vertu de sa procuration éteinte mais laissée entre ses mains. Qu'ils l'actionnent vainement en restitution, ou qu'ils négligent de l'actionner, ils n'auront pas, à la vérité — l'art. 41 étant d'ailleurs observé, — à respecter les contrats conclus par le mandataire, même avec des tiers de bonne foi; mais l'art. 43, al. 2, les astreint envers ceux-ci à la réparation du dommage que leur occasionne l'inexécution du contrat intervenu. Et si la cessation du mandat, particulièrement ensuite de révocation, n'a pas été publiée dans les formes tracées à l'art. 41 ? Les art. 41 et 43 paraissent d'abord inconciliables, le premier sanctionnant le défaut de publicité de la révocation par le maintien du contrat envers les tiers de bonne foi, le second donnant contre le mandant qui n'a pas recouvré la procuration écrite un simple recours en indemnité, mais n'obligeant pas à l'exécution du contrat. D'après nous, l'art. 41 renferme la règle générale sur les effets d'une révocation insuffisamment publiée, et il résulte de sa combinaison avec l'art. 43 que: le mandant n'est complètement déchargé envers les tiers de bonne

[1] *H. E.* IV, 295, VII, 135.

foi, les pouvoirs ayant été rédigés par écrit, que lorsque le titre qui les constituait ne se trouve plus entre les mains du mandataire, et lorsque leur révocation a été dûment publiée; si la révocation a été dûment publiée et que le titre soit encore entre les mains du mandataire, on applique l'art. 43, al. 2; si on n'a ni publié la révocation, ni cherché ou réussi à obtenir la restitution des pouvoirs, l'art. 41 entre en ligne de compte, et, le contrat étant maintenu à l'égard des tiers de bonne foi, il n'est guère possible d'imaginer un recours subsidiaire en dommages et intérêts. En résumé, l'art. 43 prévoit le cas de pouvoirs écrits, dont la révocation a été publiée en conformité de l'art. 41 (cfr. art. 44).

69. Le mandat *s'éteint*, en dehors des cas de *révocation* et de *répudiation*, pour les causes énumérées à l'art. 42: *Les pouvoirs découlant d'un contrat s'éteignent par la mort, par la perte de la capacité et par la faillite du mandant ou du mandataire* (cfr. art. 45 et 403). *Lorsqu'ils émanent d'une personne morale ou d'une société inscrite sur le registre du commerce, ils prennent fin en même temps que cette personne morale ou cette société* (cfr. art. 552, 580, 590. 611, 664 et s., 676, 709 et s., 865). — *Il n'est porté par là aucune atteinte aux droits réciproques des parties* (le texte allemand parle de: *gegenseitige persönliche Ansprüche*, c'est-à-dire de réclamations personnelles que les parties auraient à former l'une contre l'autre). Ces causes d'extinction s'expliquent par le fait que le mandat est un contrat basé sur la confiance personnelle (cfr. art. 396 et s.).

L'art. 44 ajoute: *Tant que le mandataire n'a pas connaissance de l'extinction de ses pouvoirs, le mandant ou ses ayants droit deviennent par son fait créanciers ou débiteurs comme si les pouvoirs existaient encore. — Il en est autrement si l'autre partie a su qu'ils étaient éteints.* Toutes les conventions conclues avec des *tiers de bonne foi* par le mandataire sont valables, lorsqu'il ignorait l'extinction de ses pouvoirs (cfr. art. 404). Mais si l'extinction des pouvoirs avait été publiée en conformité de l'art. 41? Cet article serait sans doute applicable, en ce sens que l'extinction deviendrait opposable aux tiers de bonne foi.

§ 2. *Des contrats conclus par des représentants à ce non autorisés.*

70. L'art. 45 nous renvoie d'abord à d'autres prescriptions du C. O.: *En ce qui concerne l'extinction des pouvoirs des administrateurs de sociétés* (cfr. art. 539, 555, al. 2, 561, 594, 598, 647, 650, 654, 676, chif. 3, 700, 708), *des fondés de procuration et autres représentants ou mandataires commerciaux* (cfr. art. 423, 426), *on applique les dispositions spéciales du présent code.*

Nous entrons, avec l'art. 46, dans la matière même de ce paragraphe : *Lorsqu'une personne contracte sans mandat au nom d'un tiers, celui-ci ne devient créancier ou débiteur que s'il ratifie le contrat.* Dans cette hypothèse, celui qui a traité avec un représentant non autorisé demeure libre jusqu'à la ratification, ou jusqu'à ce qu'elle ait été refusée (il pourra procéder en conformité de l'art. 47; cfr. art. 32, al. 2), à moins que le défaut de pouvoirs ne lui ait été frauduleusement dissimulé. La ratification peut être expresse ou tacite ; elle rétroagit, au surplus, car elle ne peut s'étendre qu'au contrat tel qu'il a été conclu à l'époque où il est intervenu. Le représentant n'est pas obligé d'ailleurs, si l'autre partie a su ou dû savoir qu'il contractait sans mandat; si elle a cru ou dû croire à l'existence de pouvoirs, le prétendu représentant encourt la responsabilité (cfr. art. 48) des art. 50 et s. Si la ratification n'est que partielle, elle n'a que la valeur d'une offre de contracter, dont l'autre partie peut tenir ou ne pas tenir compte. Au reste, celle-ci n'est pas forcée d'attendre indéfiniment la décision du tiers au nom duquel la convention a été passée. *L'autre partie,* dit l'art. 47, *a le droit d'exiger que le représenté déclare, dans un délai raisonnable, s'il ratifie ou non le contrat. — A défaut de ratification dans ce délai, elle cesse d'être liée.*

Mais si, dans le cas du *falsus procurator*, un individu a contracté au nom d'un autre, sans y être aucunement ou sans y être suffisamment autorisé, ou encore sans qu'il existât de représenté, deux éventualités peuvent se produire. Ou bien, le tiers a connu l'absence ou l'insuffisance des pouvoirs, et l'art. 48 ne le protège pas, car, pour avoir qualité de l'invoquer, il doit être sous le coup d'une erreur excusable. Ou bien, le tiers a cru que le « gérant » était un véritable représentant, et alors l'art. 48 dispose : *Si la ratification est refusée expressément ou tacitement, l'autre partie peut actionner le gérant* (qu'il ait commis ou n'ait pas commis une faute[1]; s'il est incapable, voir art. 30 et s.) *en dommages et intérêts, à moins qu'elle n'ait su ou dû savoir, d'après les circonstances, qu'il était sans pouvoirs* (cfr. art. 821). Le dommage à réparer ne comporte que le préjudice réel[2] dont l'autre partie a été victime par suite de l'inexécution du contrat (elle aurait, par exemple, pu vendre ailleurs à des conditions avantageuses, elle a eu des débours.

[1] *A. T. F.* XXVII², 199 et s. — Notre Code, en effet, ne distingue pas, comme l'art. 179 C. civ. al., selon qu'il y a eu fraude ou non. On sait, d'un autre côté, que la question de savoir si c'est l'*Erfüllungsinteresse* ou le *negatives Vertragsinteresse* qui est dû, est très controversée dans la doctrine et la jurisprudence. Cfr. *Zeitsch. d. b. J. V.* XXXVI, 123 (le dommage comprend l'équivalent de ce que l'autre partie n'aurait point dépensé et de ce qu'elle aurait pu obtenir); *H. E.*, VII, 373, VIII, 124, 340 (le dommage ne comprend que le *negatives Vertragsinteresse*.

[2] Voir observation de la note précédente.

etc.) ; le défaut de ratification doit être prouvé par le demandeur en indemnité[1], qui n'est, au demeurant, pas fondé à réclamer l'exécution du contrat[2], ceci en opposition avec les principes admis dans le Code de commerce allemand et le Projet de Dresde, mais d'accord avec le droit français.

Dans tous les cas, lisons-nous encore à l'art. 49. *il est loisible d'intenter une action pour cause d'enrichissement illégitime*[3] (cfr. art. 70 et s.).

71. Ajoutons que les art. 36 et s. ne renferment que des règles générales sur la représentation en matière de contrats ; il y a lieu de consulter en outre les art. 392 et s. relatifs au *mandat* et les art. 469 et s. sur la *gestion d'affaires.*

CHAPITRE II

Des obligations résultant d'actes illicites[4].

INTRODUCTION

72. Ce chapitre traite de la *faute aquilienne;* quant à la *faute contractuelle*, sa nature et ses conséquences sont déterminées aux art. 110 et s. Les principes consacrés par les art. 50 et s. ont, pour une bonne part, leur source dans les art. 1382 et s. du C. civ. fr.

[1] *H. E.* V, 120.

[2] *H. E.* VII, 373.

[3] *Annales de jurispr.* 1896, n° 262.

[4] C. civ. fr. 1382 et s. *Haberstich*, I, 174 et s. *Jacottet*, 42 et s. *Schneider et Fick*, 114 et s. *Hafner*, 15 et s. *Mess.*, 34. *Rap. Com. Cons. nat.*, 7. *Rap. Com. Cons. des Etats*, 13. *Verhandlungen des schw. J. V.* pour 1886, IIᵗᵉˢ Heft, p. 41 et s. (rapport de M. le prof. Stoos), 95 et s. et 122 et s. (thèses et rapport présentés par M. B. van Muyden). *A. Bieder:* Die Haftung für fremde, unerlaubte Handlungen nach schw. O. R., dans *Zeitsch. für schw. R.* V., n. sér., 327 et s. *Ibid.* VIII, 1 et s. (article de M. le prof. A. Martin). *R. j.* VIII, 225 et s. *Motice*, II, 725 et s. *Zeitsch. für schw. Recht*, XXII, n. s., p. 460 et s., 690 et s. (rapport et co-rapports présentés à la Société des juristes suisses — session de 1903 — et procès-verbal de la discussion). *F. Rensing:* Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund nach schw. O. R., in-4°, Fribourg, 1893. *J. Chausson :* De l'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur, etc., in-8°, Lausanne, 1893. *A. Prélaz :* De la réparation du tort moral, etc., in-8°, Lausanne, 1893. *Th. Weiss* : Die concurrence déloyale in Begriff, etc., Bâle, in-8°, 1894 (monographies sur le même sujet de *A. Simon*, 1894, *J. Valloton*, 1895, *H. Schuler*, 1895). *Zeitsch. für schw. R.*, XV, n. s., 32 et s. (article de M. *Th. Weiss :* Die Vaterschaftsklage und art. 50 u. ff. O. R.). *E. Gysler*: Haftung für fremde culpa nach schw. O. R., in-8°, Zürich, 1893.

Tandis qu'en droit commun allemand, la simple négligence (quasi-délit), au contraire de ce qui est prescrit pour la faute commise avec intention de nuire, ne donnait droit, en dehors d'un rapport contractuel, à une action en dommages et intérêts qu'en cas de détérioration matérielle d'un objet ou de lésion corporelle, notre Code oblige l'auteur de tout délit ou quasi-délit à réparer le tort, matériel ou moral, qu'il a causé, consciemment ou inconsciemment; il importe peu que le fait dommageable soit, ou non, réprimé par la loi pénale, pourvu qu'il soit un fait illicite. Mais on ne doit jamais la réparation du préjudice que l'on a occasionné en usant de son droit: *qui jure suo utitur neminem lædit.* Constatons que notre Code s'est rattaché, en somme, à la théorie traditionnelle de la responsabilité hors contrat, tandis que certaines lois spéciales que nous étudierons brièvement dans un appendice au présent chapitre ont étendu la notion de la responsabilité civile aux cas fortuits. Le principe de la « causalité », de la responsabilité dérivant du fait dommageable, indépendamment même de toute faute, a été remis en honneur par M. Binding, dans ses *Normen*, car on en trouverait l'origine jusque dans l'ancien droit romain. La question se pose ainsi : Nous sommes en présence d'un fait, qui a causé un préjudice: qui en supportera les suites, son auteur ou sa victime? Et si l'on doit subir les conséquences de son fait personnel, ne doit-on pas subir aussi celles de faits accomplis par des personnes dont on est le maître, préposés, domestiques, etc.? Evidemment, et à première vue, il semble tout naturel que les risques ne soient pas séparés de l'acte, mais la pratique gouverne le droit pour le moins autant que la logique, le droit étant fruit de l'expérience autant que de la construction spéculative. Or la *responsabilité causale* ne se concilie ni avec l'état actuel de la législation, ni avec celui de notre civilisation moderne, si ce n'est à titre exceptionnel, dans certains cas particuliers où elle offre des solutions incontestablement équitables. Etendue au delà de ce qui est strictement nécessaire, elle paralyserait l'initiative individuelle, déplacerait le fardeau des cas fortuits sans l'alléger, romprait une fois de plus, comme l'a dit M. de Félice, l'équilibre des devoirs sociaux au détriment de ceux qui possèdent ou qui paient. La définition si large de la faute, qu'on trouve dans la doctrine et la jurisprudence contemporaines, nous dispense de nous approprier un système que ses défenseurs n'ont pas encore réussi à formuler nettement, et dans toute son ampleur. Il est vrai qu'on pourrait être tenté de voir une consécration de la responsabilité causale dans les espèces des art. 61, 62, 65, 67, et notre Tribunal fédéral y incline. Mais ce n'est pas la théorie de notre loi, qui suppose une faute, un acte illicite, médiat ou immédiat, de la personne civilement responsable. L'art. 63, qui règle les cas de recours, part précisément de l'idée d'une faute, car là où il n'y a pas d'acte illicite il n'y a pas d'obligation de réparer le dommage causé, et, con-

séquemment, pas de recours non plus. L'acte peut n'être pas illicite à l'égard de l'enfant ou de l'ouvrier qui l'a commis (art. 61, 62); il le devient par le fait qu'il ne se serait pas produit et que, dès lors, il n'y aurait pas eu de préjudice, si le père ou le maître avait rempli tout son devoir; cfr. art. 115, où la « faute » est mise en évidence, alors qu'on aurait pu y parler de responsabilité causale bien plutôt que dans les cas des art. 61 et s. où, du reste, la faute est présumée.

73. Les art. 50 et s. sont d'une application générale [1] et abrogent toutes les dispositions du droit cantonal sur la responsabilité dérivant d'actes illicites. Sous réserve cependant de l'art. 64, qui laisse d'ailleurs au C. O. la valeur d'un droit subsidiaire, dans ses limites ainsi fixées : *Les lois cantonales ou fédérales peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre, quant à la responsabilité encourue par des employés et fonctionnaires publics à raison des dommages qu'ils causent dans l'exercice de leurs attributions* [2]. — *Les lois cantonales ne peuvent néanmoins déroger à ces dispositions, lorsqu'il s'agit d'actes, d'employés ou de fonctionnaires publics se rattachant à l'exercice d'une industrie.* Que les employés et fonctionnaires « publics » de l'art. 64 fassent partie de l'administration fédérale, cantonale ou communale, leur responsabilité *personnelle*, à raison des actes illicites qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions, sera déterminée (sauf l'art. 64 *in fine*) par des lois spéciales, s'il en existe (signalons, entre autres, la loi fédérale du 9 Décembre 1850 [3]); s'il n'en existe pas ou s'il n'en existe que d'incomplètes, les art. 50 et s. s'appliquent pleinement ou servent à combler les lacunes des lois spéciales. Relativement à la responsabilité de l'*Etat* et des *Communes*, pour les actes illicites de leurs employés et fonctionnaires, elle ne peut être admise, au delà des cas prévus par les art. 64 *in fine* et 62 al. 2, que là où elle est expressément édictée [4]; or ni la Confédération, ni les cantons, ou du moins la très grande majorité d'entre eux, ne la consacrent (voir toutefois Const. cant. bernoise du 4 Juin

[1] *A. T. F.* XI, 86, 362, 511, XVII, 158, XVIII, 340, XXVI[2], 219 et s. (art. 50 applicable à l'encontre de celui qui se livre à des manœuvres *dolosives* pour tromper l'acquéreur d'un *immeuble*; cfr. *ibid.*, XXVII[2], 186).

[2] *A. T. F.* XIX, 849, 851.

[3] *A. T. F.* II, 514, III, 774 et s.

[4] *A. T. F.* X, 382, XII, 228, 234, 714, XVI, 258, XVIII, 393, 503; *J. d. T.* XLIV, 161 (arrêt du T. F. du 6 Déc. 1895), 269. — Au sujet de l'*immunité législative* ainsi que du conflit entre les textes spéciaux qui la prévoient dans une plus ou moins large mesure et les art. 50 et s. C. O., il y a lieu de considérer les membres des Parlements fédéral et cantonaux comme des fonctionnaires publics, au sens large du terme, et de les soumettre au régime de l'art. 64; cfr. *A. T. F.* XIX, 851 et s.

1893, art. 15). C'est là une grosse lacune de notre droit et que, tôt ou tard, il faudra combler, dût-on laisser encore l'Etat, qui représente les intérêts de la collectivité, dans une situation privilégiée en regard de celle qui est faite aux maîtres et patrons (cfr. art. 5 et 6 L. P.).

Consulter, en outre, les art. 349 et 888, ainsi que l'*appendice* au présent chapitre.

SECTION PREMIÈRE

De la responsabilité personnelle de l'auteur d'actes illicites.

§ 1. — *Généralités.*

74. Nous lisons ceci dans le Message du Conseil fédéral : « Pour motiver une demande en dommages et intérêts du chef d'actes illicites, il suffit qu'il y ait un acte quelconque, contraire à la loi, et que l'auteur de cet acte eût pu en reconnaître le caractère illégal et éviter le dommage qui en est résulté, s'il eût apporté une attention suffisante, c'est-à-dire le degré d'attention qu'on était en droit d'attendre de sa part, suivant les idées généralement reçues et en raison des prescriptions de la loi. » Voilà, en bien mauvais français, une caractéristique assez exacte, et, à coup sûr, assez large, du principe formulé en ces termes à l'art. 50 : *Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer.*

L'acte illicite, dans le sens de l'art. 50, est donc tout acte dommageable causé sans droit ; ou, si l'on préfère, tout acte qui implique une faute, même la plus légère — *in lege aquiliana levissima culpa venit*, — et d'ailleurs imputable à son auteur, peut entraîner l'application du dit article. Nous savons qu'il importe peu que la faute soit volontaire ou non. Il n'importe pas davantage, en thèse générale, que le dommage résulte d'un *fait positif* ou d'une *omission ;* mais il convient de remarquer, sur ce dernier point, qu'en principe il n'existe pas, en dehors des liens de droit contractuels, une obligation d'agir dans l'intérêt du prochain pour lui épargner un dommage : ainsi une simple omission, même lorsqu'elle est la source d'un préjudice advenu à un tiers, n'expose pas à une action en dommages et intérêts, à moins que cette omission ne se produise au cours d'actes qui, une fois entrepris, ne permettaient plus de s'en désintéresser *ad libitum* sans qu'il en résultât

du dommage pour autrui [1]. Il va sans dire, en revanche, que l'omission d'un acte ordonné par la loi peut être aussi bien un acte illicite dans les termes de l'art. 50, qu'un fait dont la loi prohibe l'accomplissement [2]. Il est évident, d'autre part, que malgré le silence de notre Code, si la partie lésée a été d'accord que l'acte illicite fût commis, elle est déchue de toute action en indemnité. *(Motive*, II, 730) ; *volenti non fit injuria* [3]. Mais, en droit fédéral comme en droit français, cette règle cesse de s'appliquer lorsque, dans un *duel* par exemple, l'acte reste illicite malgré le consentement de la partie lésée. Celui qui contrevient à l'art. 50 est également libéré si, en causant sans droit un préjudice à autrui, il a obéi, parce que la loi l'y obligeait, aux ordres d'une autre personne et c'est cette dernière qui, le cas échéant, encourt la responsabilité (cfr. en outre art. 62). Même solution, si le défendeur prouve que le dommage est le résultat d'un cas fortuit.

75. Il doit naturellement exister, entre l'acte illicite et le dommage dont la réparation est demandée, un certain *rapport de causalité*. Mais, quoique la question de savoir si ce rapport de causalité existe soit une question de fait, il n'en faut pas moins décider, avec le Tribunal fédéral, qu'il suffit d'établir, pour justifier l'action en dommages et intérêts, ce rapport de cause à effet entre l'acte illicite et le préjudice éprouvé, sans qu'il soit besoin d'établir par surcroît que ce rapport était nécessaire et qu'un dommage était inévitable. On ne saurait mettre à la charge du demandeur la preuve du fait négatif que le dommage ne se serait pas produit à défaut de l'acte illicite, ou qu'il n'aurait pu être la conséquence d'autres circonstances indépendantes de l'acte illicite lui-même. C'est, au contraire, au défendeur qu'il incombe d'alléguer et de démontrer que le rapport de causalité a été détruit par des faits concomitants, qui ont dépouillé son délit ou quasi-délit de tout caractère dommageable [4].

Quant au mot « *dommage* » de l'art. 50, on entendra par là toute diminution de fortune, qu'elle consiste dans la détérioration ou dans la dépréciation du patrimoine proprement dit de la partie lésée, ou que l'acte illicite ait compromis, d'une manière ou de l'autre, soit à l'égard de sa personne même, soit à l'égard de personnes dont il était en droit d'attendre des secours efficaces, les ressources du demandeur en indemnité. Tout dommage matériel, quelles que

[1] *R. j.* II, 170, *A. T. F.* XXI, 625 et s.

[2] *A. T. F.* XI, 60, 517. XVI, 199.

[3] *A. T. F.* XX, 1016.

[4] *A. T. F.* X, 361 et s. et *R. j. f.* II, 119 et s. (cfr. *Motive*, II, 64, 740). Voir aussi *A. T. F.* XIV, 328, XV, 817, XVI, 194, 203, 395, 559, XVIII, 345, etc. *J. d. T.* XLV, 305 (arrêt du T. F. du 19 Mars 1897).

soient sa nature et son étendue, donne lieu dès lors à l'application de l'art. 50 (cfr. au surplus art. 54). Pour le « tort moral », voir art. 55.

Le législateur avait songé à déclarer nulle et non avenue toute renonciation anticipée au droit de se prévaloir de la responsabilité dérivant d'un acte illicite. Mais une proposition dans ce sens fut écartée au cours des débats ; les art. 17 et 114 restent déterminants sur ce point.

En résumé, l'acte illicite se décompose dans les éléments suivants :

1° *Un acte* (de commission, ou d'omission [1], sauf ce que nous avons dit plus haut) ;

2° *Imputable* au défendeur (cfr. art. 57 et s., 61 et s.) ;

3° *Dommageable* pour le demandeur, que celui-ci éprouve une perte ou soit privé d'un gain ;

4° *Causé sans droit* (cfr. art. 50, 56), par imprudence ou par négligence ; la légitime défense enlèverait, par exemple, à un acte son caractère illicite [2] (voir en outre art. 56) et il n'existe d'ailleurs pas de présomption légale que l'auteur d'un dommage ait agi sans droit [3].

La demande en dommages et intérêts sera intentée, dans la règle, devant le Tribunal du domicile du défendeur (la procédure cantonale régit cette matière ; voir aussi Constit. féd. art. 59). Il n'en a pas moins été reconnu [4] que l'art. 59 de la Constit. féd. ne mettait pas obstacle à ce que l'action civile fondée sur des actes punissables fût introduite, par voie d'adhésion, devant le juge pénal du lieu où l'infraction avait été commise *(forum delicti commissi)* ; ce n'est que dans les procès civils que l'art. 59 précité exclut toute autre juridiction, en matière intercantonale, que celle du domicile du défendeur.

76. Nous avons essayé de fixer les caractères essentiels de l'action basée sur les art. 50 et s. Il ne sera pas inutile de faire un peu de casuistique, quelque dangereux qu'il puisse être de condenser en une phrase des décisions dont toute la portée n'apparaît qu'à la lumière des faits qui l'ont déterminée. Notre jurisprudence est assez riche dans ce domaine et nous lui emprunterons diverses solutions intéressantes ; mais nous renonçons à les donner toutes.

Le dommage causé dans le sens de l'art. 50 par des *imputations diffamatoires ou calomnieuses*, ou par des critiques téméraires,

[1] *A. T. F.* XI, 60, 201, XV, 486, XVIII, 861, etc.
[2] *A. T. F.* XVIII, 345.
[3] *A. T. F.* XXI, 520 et s.
[4] *A. T. F.* X, 455.

a déjà provoqué plus d'un litige. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il admis que chacun est responsable du tort fait à autrui, à dessein ou par négligence, au moyen du simple énoncé d'une appréciation, quand celle-ci, ayant des conséquences dommageables pour un tiers, ne repose sur rien et n'a pas été convenablement contrôlée [1]. Il a décidé, d'un autre côté, en ce qui concerne le droit de *critique publique* : il est absolument permis de critiquer publiquement les procédés d'établissements financiers, surtout quand ils ont le caractère d'institutions de l'Etat ; bien plus, une critique qui serait en contradiction avec les faits ne saurait être considérée comme illicite et coupable à raison de la seule circonstance qu'elle est erronée ; c'est, en revanche, une critique illicite que celle qui, au lieu de reposer sur un examen consciencieux de faits positifs, tire de faits, dénaturés à dessein ou par imprudence, des conclusions injurieuses dont l'auteur aurait reconnu ou dû reconnaître l'inexactitude s'il n'avait agi avec une légèreté évidente ou une insouciance qu'on peut taxer de frivole ; — la liberté de la critique publique est restreinte par l'art. 50 en ce que toute personne doit s'abstenir de léser volontairement ou par négligence les droits d'autrui, par des actes matériels ou même par de simples appréciations [2]. Le fait qu'un individu, impliqué dans une enquête pénale, dépose, au cours de l'instruction, de manière à faire peser des soupçons sur des tiers, n'est pas nécessairement un acte illicite entraînant une responsabilité civile, même quand les accusations seraient fausses, mais bien lorsque de pareils soupçons sont émis témérairement ou de mauvaise foi ; de même, une *plainte en faux serment* n'engage la responsabilité du plaignant, que si la plainte a été déposée sans droit, dans l'intention de nuire, ou, tout au moins, d'une manière inconsidérée [3] ; il y a aussi acte illicite, quand des *accusations* dénuées de tout fondement sont portées avec obstination contre un innocent, en dehors de l'instruction et en présence de tiers [4]. Celui qui fournit des *renseignements* est tenu de procéder avec prudence ; toute négligence l'oblige à la réparation du dommage causé sans droit ; l'auteur des renseignements ne peut ni exciper de sa bonne foi, ni de ce qu'il poursuit un but d'utilité publique, ni de ce que ses informations étaient confidentielles, sauf toutefois, dans ce dernier cas, son recours contre celui qui aurait abusé du secret sous le sceau duquel elles étaient fournies [5].

[1] *A. T. F.* XI, 529 ; cfr. *ibid.*, XIII, 218, 541, XVII, 159, XIX, 850, etc.

[2] *A. T. F.* XI, 199. Voir aussi, *ibid.* XIII, 216, XIX, 847, XXIX[2], 683 et s. (négligence du rédacteur d'un journal ?).

[3] *A. T. F.* XVI, 554 ; cfr. XVII, 162, XX, 532, XXI, 498 et s., 880 et s. XXII, 78.

[4] *J. d. T.* XXXVIII, 544. Voir aussi *R. j. f.* IX, 39, 75, *A. T. F.* XIV, 647, XV, 785, XVI, 396, XIX, 870, etc.

[5] *H. E.* VII, 209. *J. d. T.* XXXVI, 156, XXXVIII, 747, *R. j. f.* IX, 52. Cfr., en outre, *A. T. F.* XIX, 343, XXI, 1162 et s.

Il y a *concurrence déloyale*, partant responsabilité, lorsqu'une personne, ne se bornant pas aux moyens autorisés de réclame, répand des bruits qu'elle sait être faux sur le compte d'un concurrent, ou discrédite sans raison les marchandises d'un autre négociant, ou se sert de désignations ou dénominations commerciales destinées à induire le public en erreur, etc., le rapport de causalité étant suffisamment établi, en l'espèce, lorsqu'il est prouvé que le défendeur a commis un acte illicite propre à occasionner un dommage au demandeur, et que le dommage s'est réellement produit [1]. Un *procès téméraire* peut donner lieu à une action en dommages et intérêts contre celui qui l'a intenté [2]. S'expose à un recours fondé sur l'art. 50, le *voiturier* qui traverse par une nuit obscure un hameau populeux avec une vitesse supérieure à la marche normale d'un véhicule, contrairement à la loi et sans munir son char d'une lanterne qui en eût décelé l'approche et indiqué la direction [3]. La même responsabilité frapperait l'*automobiliste*, qui effraierait un cheval, et causerait ainsi du dommage, alors qu'il n'a pas observé les règlements [4]; ou l'individu qui prêterait un fusil chargé à un jeune homme sans expérience [5]; ou celui qui fonderait un recours électoral sur des déclarations calomnieuses non contrôlées [6]; ou celui qui, par dol ou imprudence, engagerait un tiers, grâce à des *recommandations* erronées, à faire crédit à quelqu'un qui ne le mérite pas [7]; ou celui qui *achèterait les arbres d'un fonds hypothéqué* et en soustrairait la valeur au créancier, alors que les registres publics devaient lui révéler l'existence de l'hypothèque [8]; ou celui qui *infesterait l'écurie d'autrui*, en y introduisant un animal malade [9]. En revanche, il n'y a pas nécessairement d'acte illicite, dans le *refus des sacrements* par un

[1] *A. T. F.* X, 366, *J. d. T.* XXXIX, 633 (arrêt du T. F. du 4 Sept. 1891, enseignes d'hôtel protégées par art. 50 et s.). Voir également *A. T. F.* XVII, 512, 710, XX, 542 et s., 902, 1037, XXI, 153 (titre de journal, — pas de concurrence déloyale, si la confusion n'est pas ou n'est guère possible), 1125, 1181, XXII, 64, 155, 1164, XXIII, 205 et s., XXIV[2], 714 et s., 603 et s., XXVI[2], 365 et s., XXVII[2], 378 et s., XXVIII[2], 131, 469 et s., XXIX[2], 67 et s.

[2] *A. T. F.* X, 575; cfr. *R. j. f.* XII, 53.

[3] *J. d. T.* XXXVIII, 621, 679. *R. j. f.* IV, 57 (*ibid.* 1, 77). Cfr. *A. T. F.* XI, 61, 517, XIV, 586, XVII, 537, XVIII, 291, etc. (imprudences commises dans des constructions ou autres ouvrages, dans le maniement de machines, etc.).

[4] *A. T. F.* XXIX[2], 273 et s.

[5] *A. T. F.* XXIX[2], 294 et s.

[6] *Sem. jud.* 1895, 202.

[7] *R. j. f.* XIV, 59 (arrêt du T. F. du 7 Déc. 1895); cfr. *Zeitsch. d. b. J. V.* XXXIV, 430.

[8] *J. d. T.* XLVIII, 34 (arrêt du T. F. du 16 Sept. 1899).

[9] *R. j. f.* XIV, 8 (arrêt du T. F. du 27 Sept. 1895), *A. T. F.* XXIX[2], 319 et s.

prêtre, si ce refus ne constitue pas une offense [1], ni dans le fait de *mettre un atelier en interdit*, ou un patron à *l'index*, à moins que ces mesures n'aient été annoncées et publiées avec commentaires inexacts et attentatoires à l'honneur [2], ni dans la critique, même vive mais sérieuse, d'une marchandise offerte au public [3], ni dans le fait de demander discrètement à un ami si des bruits défavorables concernant un tiers sont fondés [4].

Nous pouvons nous arrêter ici, non sans avoir encore touché d'un mot une question assez délicate : L'*action en paternité*, en tant que purement *pécuniaire*, rentre-t-elle dans le cadre de l'art. 50 ? Non certes, lorsque l'auteur de la grossesse n'a eu recours à aucun moyen illicite : séduction, violence, promesses mensongères, etc., pourr ariver à ses fins ; oui ,assurément, dans le cas contraire, et les prescriptions dérogatoires du droit cantonal ne sauraient restreindre, sur ce point, la portée des art. 50 et s. [5]. La mère peut réclamer une indemnité à titre de satisfaction, d'après l'art. 55, et des dommages et intérêts pour ses frais de couche, pour son incapacité de travail, de même que pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, en vertu de l'art. 50. La *Deflorationsklage* de la mère ne peut être intentée que si le défendeur s'est rendu coupable d'un acte illicite, et l'on appliquera l'art. 55.

76 *bis*. En matière de *séquestre* illégal, il y a lieu de consulter l'art. 273 L. P. [6].

§ 2. *De la personne responsable.*

77. Nous avons déterminé sommairement les conditions et l'étendue de la responsabilité civile découlant d'une faute aquilienne.

[1] *A. T. F.* XX, 481.

[2] *Zeitsch. d. b J. V.* XXIX, 79 et s., *Sem. jud.* 1895, 188, et 1899, 432; cfr. *A. T. F.* XXV[2], 72 et s. (intervention d'un *syndicat* dans relations entre patrons et ouvriers peut constituer un acte illicite), XXVII[2], 160 et s.

[3] *R. jud.* 1894, 204.

[4] *Sem. jud.* 1894, 332. — Signalons (*ibid.*, 1904, p. 235 et s.) un arrêt concernant les droits dérivant de *la liberté de la défense* devant les Tribunaux de répression; cet arrêt, déjà très libéral, a été modifié dans un sens plus libéral encore par le T. F. (arrêt du 18 Juin 1904).

[5] F. H. Mentha: *La recherche de la paternité*, Neuchâtel, 1885. *A. T. F.* XIV, 117 et s. (« Nulle part, une action *ex delicto* n'est licite, concurremment avec l'action fondée sur la paternité, en vue de poursuivre les mêmes prétentions et par les mêmes motifs. L'admission d'une pareille action en dommages et intérêts aurait pour effet d'introduire, par une voie détournée, la recherche en paternité et l'action en entretien des enfants naturels dans les cantons où ces institutions sont prohibées par la loi »); la demanderesse n'avait allégué *in casu* que le fait de la grossesse. Voir aussi *Th. Weiss*, l. c.

[6] *A. T. F.* XIV, 831, XVII, 471, XIX, 442., XXV[2], 97, 387, etc.

On a vu en particulier que, pour qu'il y eût acte illicite et responsabilité encourue, il fallait, en principe, que l'acte incriminé fût l'effet d'une volonté consciente et libre, et, d'autre part, que l'auteur de l'acte eût agi sans droit. En d'autres termes, la loi part de l'idée d'un dol ou d'une négligence *coupable*, — d'une faute imputable à celui qui la commet sans se trouver au bénéfice d'une cause d'excuse légitime [1].

La responsabilité cesse dès lors complètement, ou sous certaines réserves :

1° Dans le cas de *légitime défense*. L'art. 56 nous dit à ce propos : *L'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur cesse en cas de légitime défense* (cfr. art. 59). La question de savoir s'il y a eu légitime défense se décidera, abstraction faite de ce que prescrit l'art. 59, non d'après les dispositions du droit pénal des cantons ou même du Code pénal fédéral, mais d'après les principes généraux du droit [2]. On peut dire que l'art. 56 est applicable, qu'on est en état de légitime défense lorsqu'on commet un acte, même illicite, pour protéger contre une attaque injuste et violente, actuelle ou imminente, son corps, sa vie, ses biens, sa liberté, ou le corps, la vie, les biens, la liberté d'autrui [3], — le danger ne pouvant d'ailleurs être détourné par d'autres moyens connus de celui qui cherche à le conjurer. Il faut sans doute assimiler à la légitime défense, tous les cas dans lesquels l'auteur de l'acte illicite était *en droit* de le commettre, comme le *cas d'urgence*, l'*usage autorisé de la force*, etc., qui n'ont pas été déterminés par une faute initiale du défendeur. Et peut-être eût-il été préférable de ne pas mentionner spécialement la « légitime défense », car il est clair que celui qui agit dans cet état n'agit pas « sans droit » (cfr. art. 50) et qu'il est dès lors exonéré de toute responsabilité. La « légitime défense » n'est citée qu'à titre d'exemple et il importe d'en revenir toujours aux termes de l'art. 50 : « Quiconque cause *sans droit* »... S'il y a excès dans la légitime défense, l'art. 51 al. 2 trouvera son application.

2° Dans le cas d'*irresponsabilité* de l'auteur de l'acte illicite. Les délits ou quasi-délits, accomplis par une personne privée de sa raison ou qui n'a pas conscience de ses actes, un aliéné, un enfant

[1] On sait que le C. O. n'admet la responsabilité aquilienne des *personnes morales*, du fait du dommage causé par leurs employés ou ouvriers, qu'en tant qu'elles exercent une industrie ; cfr. art. 62 (*A. T. F.* X, 382, XVI, 814), *J. d. T.* XLIII, 337 (arrêt du T. F. du 16 Mars 1895), *Zeitsch. f. schw. Strafrecht*, XIV, 311 et s. (article de M. le prof Zürcher) et *E. Hafter :* Die Deliktsfähigkeit der Personenverbände, etc., in-8°, Berlin, 1903. Voir, en outre, ad art. 62, al. 2.

[2] *A. T. F.* XXV², 25 et s.

[3] *A. T. F.* XVIII, 345, XIX, 769, XXV², 29, XXIX², 618 (définition de la légitime défense); cfr. *Burkhardt*, l. c., 516 et s.

en bas âge, etc., n'engendrent en principe aucune responsabilité, ou ne peuvent mettre en jeu que la responsabilité civile des personnes désignées aux art. 61 et s. Où il n'y a pas de responsabilité morale, il n'y a point de faute. Mais, contrairement au droit commun allemand et à la jurisprudence française, l'art. 58 dispose : *Si l'équité l'exige, le juge peut, par exception, condamner une personne même irresponsable à la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a causé* (dans cet état [1]) ; cfr. art. 59. Le Message du Conseil fédéral justifiait ainsi cette exception, après avoir fait observer qu'elle se rencontrait déjà dans les Codes zurichois, autrichien et prussien : « Il peut se présenter des cas dans lesquels on ne pourrait pas, sans froisser au plus haut degré le sentiment naturel du droit et de l'équité, libérer une personne irresponsable de toute réparation d'un dommage causé par elle. Que l'on suppose, par exemple, qu'un aliéné, un malade dans un accès de fièvre, ou un enfant ait mis le feu à une maison, tué un animal ou blessé grièvement quelqu'un, et qu'ils soient dans une belle position de fortune, tandis que la personne lésée est pauvre ou n'a pas cherché à se défendre par pitié pour l'agresseur » ! L'art. 58 a été vivement critiqué comme « contraire aux principes », mais il est temps de faire prévaloir dans la science du droit cette idée qu'il n'est pas de « principes » dignes de ce nom, quand ils sont contraires à l'équité. Il va de soi, au reste, que l'art. 51 al. 2 pourra être appliqué, s'il y a faute imputable au demandeur, et que le défendeur n'est d'ailleurs tenu, aux termes de l'art. 58, que si l'acte dommageable eût engagé, en tant qu'illicite, la responsabilité d'une personne capable de discernement.

78. L'art. 57 porte en outre : *Celui qui, par sa faute, a perdu momentanément la conscience de ses actes, est tenu du dommage qu'il a causé dans cet état* (cfr. art. 59), — pour autant qu'il s'agira d'un dommage causé « sans droit ». Ainsi un individu qui s'est enivré tue ou blesse un passant, il tombe sous le coup de notre article. Mais si la perte, fût-elle momentanée, du discernement, n'est pas imputable à l'auteur du délit ou du quasi-délit, si, par exemple, il a été enivré, hypnotisé, etc., à son insu et par suite des artifices d'un tiers, il n'est plus responsable que dans les limites de l'art. 58, — tout recours de sa part ou de la part du lésé étant réservé contre le tiers.

79. Nous trouvons enfin à l'art. 59 une règle à laquelle nous avons fait plus d'une fois allusion : *Dans l'appréciation des cas prévus par les articles 56, 57, 58, le juge n'est pas lié par les dispositions du droit criminel en matière d'imputabilité, ni par*

[1] *A. T. F.* XV, 451 (l'art. 58 est inapplicable au cas d'un contrat nul pour cause d'irresponsabilité de l'une des parties), XXVI[2], 326, *R. j. f.* III, 92, VIII, 111.

l'acquittement prononcé au pénal. Disons tout d'abord qu'il ne faudrait pas conclure de ce texte que le juge serait lié par un jugement pénal dans les cas des art. 50, 51, 52, 53, 54, 55 et 60 [1], car la liberté des tribunaux civils doit être entière. Mais on conçoit que si le juge pénal est saisi, par voie d'adhésion, du point civil, la façon dont il aura apprécié la question de la culpabilité influera fatalement sur la sentence qu'il rendra sur la question des dommages et intérêts, et cela aussi bien dans les cas des art. 50 et s. que dans ceux des art. 56 à 58. Quoi qu'il en soit, il est indifférent qu'un acte, pour être illicite dans le sens des art. 50 et s., constitue ou ne constitue pas une infraction aux lois pénales des cantons ou de la Confédération : ce sont les règles générales du droit sur l'imputabilité et la responsabilité qui sont déterminantes, et, pour fixer le caractère illicite de l'acte, les prescriptions de notre chapitre. Un jugement d'acquittement ou de condamnation, motivé ou non, ne saurait préjuger la solution du procès en indemnité ; les constatations de l'enquête pénale ne pourront servir que de moyens de preuve. Ainsi, d'après la plupart de nos législations pénales, un enfant âgé de moins de douze ans qui a commis un délit est à l'abri de toute peine, ou, s'il est âgé de 12 à 16 ans, il y aura lieu de trancher au préalable la question de discernement ; mais ces dispositions légales ne lient pas l'autorité, quelle qu'elle soit, saisie de l'action civile en réparation du dommage causé. Ainsi encore, un individu, acquitté comme ayant agi en état de légitime défense, pourra être condamné au civil, si le juge appelé à prononcer à cet égard reconnaît que, d'après les principes généraux du droit et les faits de la cause, la légitime défense n'a pas été établie. Toute l'instruction de l'affaire pourra être reprise, — en admettant que le juge pénal n'ait pas déjà statué sur le point civil qui lui aurait été soumis par voie d'adhésion, — et l'on sait que les conditions de la preuve sont très différentes en procédure civile et criminelle.

80. Sous réserve des dérogations autorisées par l'art. 64 [2], mais de celles-là seulement — en particulier le C. O. ne tolère aucune exception concernant la responsabilité née des délits de presse [3]. — l'art. 60 prescrit ce qui suit : *Lorsque plusieurs individus ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice. — C'est au juge qu'il appartient d'apprécier si et dans quelles limites celui qui a payé doit pouvoir exercer son recours* (solution contraire, cfr. art. 168) *contre ses co-obligés* (al. 1 et 2). La *solidarité* consacrée par cet

[1] *J. d. T.* XLV, 303 (arrêt du T. F. du 20 Fév. 1897).
[2] *A. T. F.* XVI, 253.
[3] *R. j.* II, 311 ; voir p. 116, note 2.

article existe donc entre les divers participants à l'acte illicite, mais elle n'existe ainsi qu'à l'égard du *créancier*. Entre les *co-débiteurs*, la dette, soit la responsabilité, ne se divise pas *ipso jure*, comme dans l'espèce de l'art. 168 ; celui qui a payé pour le tout ou au delà de sa part n'a pas un recours direct contre les autres : c'est au juge à répartir également ou inégalement l'indemnité, suivant les circonstances. Et si le juge néglige de faire cette répartition ? Celui qui croira avoir payé au delà de sa part pourra, sans doute, intenter action auprès du tribunal compétent pour faire condamner ses co-obligés à lui rembourser leur portion de la dette[1]; ce sera alors une action personnelle ordinaire.

Le point de savoir si tel individu, recherché en vertu des art. 50 et s., est auteur moral, auteur matériel ou complice, se résout de nouveau, non point d'après les lois pénales des cantons ou de la Confédération, mais d'après les principes généraux du droit. Spécialement. la responsabilité d'un complice ne sera fondée que s'il existe un rapport de causalité entre le dol ou la négligence qui lui est imputable et l'acte illicite à raison duquel il est poursuivi. Lorsque plusieurs ont commis ensemble un acte illicite, sans que l'auteur du dommage en résultant soit connu, ils répondent tous en conformité de l'art. 60; cfr. art. 830 C. civ. al. [2]. Rappelons encore que le Tribunal fédéral a décidé [3] ceci: lorsqu'une action en dommages et intérêts est dirigée conjointement contre l'auteur d'un dommage et contre son maître (art. 62), la solidarité existant entre eux ne résulte pas de l'art. 60, mais du fait que l'auteur du dommage est responsable de la totalité de celui-ci à teneur de l'art. 50 et que la même responsabilité incombe au maître en application de l'art. 62.

L'art. 60, al. 3, ajoute : *Le fauteur du délit perpétré n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération*. La traduction du mot *Begünstiger* par « fauteur du délit perpétré » est inexacte; c'est *receleur* qu'il aurait fallu dire. Tandis que le complice — le fauteur du délit non perpétré — est toujours responsable (cfr. art. 60 al. 1), le receleur — le « fauteur du délit perpétré » — ne l'est que dans la mesure de l'art. 60 *in fine*.

[1] *A. T. F.* XVI, 222.

[2] *R. j. f.* V, 138. *A. T. F.* XVI, 222, 396, XVIII, 886; cfr. *ibid.* XXV[2], 817 et s. (doivent être considérés comme *complices* dans une rixe au sens de l'art. 60, tous ceux qui y ont participé et qui ont dû savoir qu'il en pourrait résulter un dommage, alors même que l'auteur du préjudice est resté inconnu, — car c'est leur participation qui a rendu les conséquences de la rixe possibles), XXVI[2], 700 et s., XXVII[2], 186, 493, XXIX[2], 294 et s.

[3] *A. T. F.* XV, 812 et s.

§ 3. *Du dommage à réparer.*

81. *Dispositions générales.* Notre loi ne renferme malheureusement aucune prescription sur la manière dont s'exécutera l'obligation de réparer le dommage causé *aux biens*, aux choses soit corporelles, soit incorporelles. Il n'est pas permis, en effet, d'appliquer par analogie dans ce domaine l'art. 116 qui traite des conséquences de la faute contractuelle. Nous ne savons donc rien à cet égard ni sur le mode, ni sur l'étendue de la réparation. On peut dire cependant, et d'une manière générale, que l'art. 51, al. 1, ne distingue pas entre le préjudice direct et indirect, mais, qu'en principe, la réparation qu'il prévoit s'étend à la différence entre la position de fortune de la partie lésée avant et après l'acte dommageable [1]; cette réparation peut, sans doute, quoique la loi soit muette sur ce point, être accordée sous la forme d'un *capital* ou d'une *rente*, ou même autrement, l'indemnité devant être réduite lorsqu'elle est calculée eu égard à la somme nécessaire pour l'achat de la rente viagère que les juges seraient disposés à allouer [2] ; voir encore n° 81 *in fine*.

L'art. 51 se borne à dire, en termes aussi peu précis que possible : *Le juge détermine, d'après les circonstances et d'après la gravité de la faute, la nature et l'importance de l'indemnité* (al. 1) [3]. Les « circonstances » et la « gravité de la faute » sont les deux éléments d'appréciation, en dehors du concours de la faute du demandeur (art. 51 al. 2). On a critiqué ce texte, qui est particulier à notre Code. Il semble bien que, lorsque l'acte illicite est établi, que le préjudice est constaté et qu'il n'y a d'ailleurs pas de faute à la charge du lésé, l'auteur de l'acte doive être condamné à la réparation intégrale du tort subi. Mais le hasard joue presque toujours, même dans ces cas de dommage causé sans droit à autrui, un rôle si évident, qu'il convenait de permettre au juge d'en tenir compte, notamment dans les cas de faute légère, et de ne pas faire supporter entièrement par la partie défenderesse un préjudice qui a été occasionné, pour une part plus ou moins considérable, par la fatalité. D'un autre côté, il ne faut pas oublier que la « faute grave » a inévitablement dû réduire ou supprimer l'influence de ces éléments fortuits, tant et si bien que la responsabilité du défendeur n'est plus ou presque plus atténuée alors par des circonstances extérieures à l'acte illicite lui-même.

[1] *J. d. T.* XLVIII, 466 (arrêt du T. F. du 25 Juin 1900).
[2] *A. T. F.* XXIV[2], 406; v. p. 112, note 2.
[3] *A. T. F.* XV, 618, XVI, 395, XVIII, 857.

Les dommages et intérêts, nous l'avons indiqué, ne consisteront pas nécessairement en argent ; ils pourront affecter les formes les plus diverses, l'auteur de l'acte pouvant être condamné à rétablir les biens dans l'état antérieur, ou à supprimer des ouvrages, sous réserve de tous dommages et intérêts supplémentaires ; ou encore, et toujours sous la même réserve, la partie lésée pourra être autorisée à exécuter les travaux de rétablissement ou de suppression aux frais du débiteur ; ou enfin, celui-ci pourra n'être condamné qu'à payer une indemnité — en capital, pension ou rente — représentant le préjudice causé. Le juge est libre de déterminer le mode de la réparation et nous estimons même que, sur ce point, il n'est pas lié par les conclusions des parties ; il ne pourrait toutefois adjuger *plus* que ce qui a été demandé, mais bien *autre chose*. Il a la faculté, en outre, d'ordonner la *publication de son jugement*, ainsi dans les cas de calomnie, de concurrence déloyale, etc.[1], si elle est requise et si elle apparaît comme justifiée ; il décide librement de l'opportunité ou de la nécessité de cette mesure.

Quant au dommage, il comprendra la perte et le manque de gain occasionnés par l'acte illicite, — le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* (cfr. art. 51 al. 2 et art. 55, et voir ce que nous avons dit ci-dessus de la part à faire au hasard).

82. *Dommage causé à la personne.* Nous retrouvons ici la règle générale de l'art. 51 al. 1. Le juge peut déterminer à son gré la *nature* des dommages et intérêts à allouer (pension, rente, indemnité fixe) ; mais il doit, en ce qui concerne leur *importance*, tenir compte des art. 52 à 54, dans les deux cas de lésion corporelle et de mort d'homme, tandis que, pour le dommage causé à d'autres égards à la personne (atteinte portée au crédit, place perdue ensuite de bruits calomnieux, etc.), il est absolument libre. Examinons d'abord les hypothèses des art. 52 à 54!

1° ***Mort d'homme.*** Nos tribunaux n'admettent, en matière de responsabilité non contractuelle, que des dommages et intérêts très modestes et même parfois dérisoires ; c'est vraisemblablement afin de sauvegarder les droits des intéressés dans les espèces les plus graves, que le législateur a imposé au juge des règles telles que celles de l'art. 52 : ***En cas de mort d'homme, les dommages et intérêts comprennent les frais faits, notamment ceux d'inhumation. Si la mort n'est pas survenue immédiatement, ils comprennent en particulier les dépenses de traitement, ainsi que le préjudice causé par l'incapacité de travail. Lorsque, par***

[1] *A. T. F.* XIX, 258, XXII, 164, 188 (arrêt avec lequel la décision imprimée dans XV, 446, n'est pas en contradiction, nous dit-on, parce que, dans cette dernière espèce, il s'agissait uniquement de la réparation d'un dommage *immatériel* d'après l'art. 55); cfr. *J. d. T.* LII, 10 et s. (arrêt du T. F. du 4 Oct. 1902).

suite de la mort, d'autres pesonnes sont privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte, — et de les indemniser toutes, si elles intentent toutes leur action. Après que la veuve et les enfants de la victime, par exemple, ont obtenu une indemnité, la mère peut en réclamer une à son tour (Cour d'Alger, arrêt du 23 Mai 1892) ; on devra tenir compte, pour la mesure de la réparation, du nombre et des droits des réclamants.

Les dommages et intérêts, en cas de mort d'homme, s'étendent au moins à tous les frais médicaux (*alle Kosten der versuchten Heilung)*, funéraires et autres nécessités par le fait de l'auteur de l'acte illicite, et, si la mort n'est pas survenue immédiatement, à la perte résultant de l'incapacité de travail. Dans ces limites, l'action sera intentée par les héritiers de la victime, ou par la masse de la succession vacante. Et l'art. 52, de même que les art. 53 et 54 s'appliquent du reste à tous les cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, aussi bien à ceux régis par l'art. 50 (responsabilité directe), qu'à ceux des art. 61, 62, 65 et 67 (responsabilité indirecte [1]).

Mais si le défunt était le *soutien* — *Versorger* — d' « autres personnes », ces « autres personnes », héritières ou non, sont fondées à réclamer une indemnité à raison du dommage qu'elles éprouvent du chef de la mort de la victime, moyennant que celle-ci eût pourvu en totalité ou en partie à leur entretien, obligatoirement ou même à un autre titre [2]; l'indemnité sera fixée sans avoir égard aux besoins et à la situation économique du demandeur, mais uniquement à l'importance du « soutien ». Il ne faut pas, au reste, entendre par « soutien » d'une personne ou d'une famille, a reconnu le Tribunal fédéral [3], celui-là seul qui subvient à son entretien, mais aussi celui qui ne fait qu'y contribuer. Ceci n'est pas douteux, mais il nous paraît que le Tribunal fédéral va trop loin [4] quand il ajoute qu'il ne suffit pas de tenir compte des circonstances de fait, telles qu'elles existaient au jour du décès du soutien, mais qu'il y a lieu de considérer comment elles se seraient modifiées plus tard par l'effet du cours normal des choses ; ainsi, alors même que la

[1] *A. T. F.* XI, 537, XIX, 996.

[2] *A. T. F.* XVII, 642, XVIII, 398, XIX, 325, XXIII, 1740, XXIV², 867 et s.; cfr. pour le calcul de l'indemnité, *ibid.* XVI, 191, 193, 817, XVII, 642, XXIV², 406 (doit être réduite de 20 à 25 °/₀ la somme qui serait nécessaire à l'achat d'une rente viagère, lorsque cette somme est allouée en capital à la personne privée de son soutien).

[3] *A. T. F.* XVI, 816, XXIV², 867 et s.; voir, en outre, note précédente.

[4] Il semble cependant qu'il soit quelque peu revenu en arrière; cfr. *A. T. F.* XXII, 1220 et s., et surtout *J. d. T.* XLIV, 567 (arrêt du T. F. du 28 Juin 1896), où l'on pose la condition: que la prestation des secours à fournir par le « soutien futur » doit être probable et l'époque de cette assistance pas trop lointaine.

personne tuée ne subvenait pas encore aux besoins de sa famille à l'époque de son décès, les membres de celle-ci seraient fondés à réclamer une indemnité en vertu de l'art. 52, s'il était probable que, dans la suite, le défunt serait devenu leur soutien, car, étant privés de leur soutien futur, ils éprouvent de ce chef un préjudice dont ils sont en droit d'exiger une réparation. En réalité, le « soutien futur » peut mourir avant l'âge où il lui aurait été possible de secourir sa famille, il peut être affligé d'une maladie qui le mette à la charge des siens, il peut, plus tard, complètement négliger ses devoirs envers ces derniers, il peut avoir assez à faire pour son propre compte, etc. L'indemnité allouée en vertu de l'art. 52 représentant, au surplus, l'équivalent de la force de travail perdue par suite du décès de la victime, elle doit parvenir intégralement aux ayants droit [1].

Le C. O. ne nous dit pas si la Compagnie d'assurance sur la vie auprès de laquelle le défunt était assuré a une action en dommages et intérêts contre l'auteur de la mort. La Compagnie étant lésée, par le décès prématuré de son client, du montant de toutes les primes (augmentées des intérêts) que celui-ci eût acquittées s'il était mort dans la période normale, nous estimons qu'elle est en droit d'invoquer, dans cette mesure, les art. 50 et s. On peut dire, il est vrai, comme M. Martin, (d'après la théorie prédominante en Allemagne mais de plus en plus abandonnée par la jurisprudence française), que la Compagnie a fait un contrat aléatoire avec l'assuré, acceptant les chances de mort, que celles-ci provinssent de maladie, d'accident ou de crime ; elle n'en est pas moins autorisée, d'après le droit commun, à réclamer la réparation de tout le dommage qui lui est causé par des actes illicites. Toujours est-il que la personne responsable ne pourra être condamnée à réparer le dommage à double ; et si, par exemple, le préjudice qu'a éprouvé l'ayant droit de la victime est couvert par l'assurance, celui-ci n'a plus rien à réclamer, le recours de la Compagnie étant au demeurant réservé dans la mesure indiquée [2].

La preuve de l'existence d'un dommage incombera au demandeur et, partant, aussi celle du fait que le défunt était son « soutien ».

2° *Lésions corporelles*. Nous possédons, sur ce point, l'art. 53 : *En cas de lésion corporelle, la personne lésée a droit au remboursement des frais et aux dommages et intérêts résultant d'une incapacité de travail totale ou partielle. — Si elle a été mutilée ou défigurée d'une manière qui compromette son avenir,*

[1] *A. T. F.* XXII, nos 52, 60, XXIV[2], n° 62, XXV[2], n° 79. *Zeitsch. d. b. J.* V. XXXVIII, 572 et s.

[2] *Contra*, Baron, *Zeitsch d. b. J.* V. XXVIII, 207 et s. Cfr. *P. Hiestand*: Der Schadersatzanspruch des Versicherers, Stuttgart, 1895. *A. T. F.* XVIII, 319 et s.

le juge peut aussi lui allouer une indemnité pour ce préjudice[1]. Ici, l'action en indemnité est purement personnelle à la victime; ceux dont elle serait le soutien n'y ont aucun droit (cfr. art. 54). Il n'est pas nécessaire, d'autre part, que les lésions qui ont mutilé ou défiguré le demandeur aient entraîné une incapacité ou une diminution dans la capacité de travail, pour que des dommages et intérêts puissent être alloués en vertu de l'art. 53 *in fine;* il suffit que son « avenir » — *sein Fortkommen* — soit compromis, qu'il lui soit désormais plus difficile de se placer, de se marier, de tirer parti de sa vie en un mot. Au reste, le *dommage futur* peut faire l'objet d'une nouvelle demande, et le juge pourrait aussi, en statuant sur la première demande, réserver une action ultérieure en vue de risques possibles, mais encore incertains[2].

3° *Disposition commune aux art. 52 et 53.* On serait tenté de croire, à lire le texte français de l'art. 54, que cette disposition est applicable dans la même mesure aux cas de lésion corporelle et de mort d'homme : *En cas de lésion corporelle ou de mort d'homme, le juge peut, en tenant compte des circonstances particulières, notamment* (donc, même en dehors des circonstances spécifiées par la loi[3]) *s'il y a eu dol ou faute grave*[4], *allouer une somme équitable à la victime ou à sa famille*[5], *indépendamment de la réparation du dommage constaté.* Ce texte a été fort mal traduit. Et d'abord, l'expression « dommage constaté » n'est pas l'équivalent des mots : *erweislicher Schaden* (dommage dont la constatation est possible); le législateur a voulu dire qu'une indemnité serait due, abstraction faite même de l'existence prouvée ou démontrable d'un dommage, et non pas nécessairement en sus du « dommage constaté. » Mais il y a plus. Le juge peut, lisons-nous à l'art. 54, allouer une somme équitable à « la victime ou à sa famille », ce qui doit rendre le passage correspondant de la version allemande : *dem Verletzten oder den Angehörigen des Getödteten.* A ne consulter que la traduction française, il semblerait que la *famille* pût être substituée à la victime, aussi bien en cas de lésion corporelle que de mort d'homme, et obtenir l'indemnité équitable dont parle notre Code. Or, d'après le texte allemand, cette indemnité équitable ne peut, en l'absence d'un « dommage constaté », être accordée qu'à la victime, en cas de lésion, et, en cas de mort d'homme, qu'aux proches de la victime. Ceci ressort également du texte italien : *al danneggiato o ai congiunti dell'ucciso.* On aurait, en

[1] Voir, entre autres, *A. T. F.* XI, 63, 536, XVIII, 333.
[2] *J. d. T.* LII, 297 (arrêt du T. F. du 14 Nov. 1903); cfr. *A. T. F.* XXIV², 430 et s.
[3] *R. j. f.* IV, 129; cfr. *A. T. F.* XI, 537, XVI, 817, XVII, 642, XX, 209 et s., etc.
[4] *A. T. F.* XXIV², 399 et s., XXVII², 578 et s.
[5] *A. T. F.* XVIII, 347, 399.

conséquence, dû traduire ainsi : ... *à la partie lésée, ou, en cas de mort d'homme, à la famille de la victime.* Cette traduction nous donne d'ailleurs la seule solution rationnelle.

Les dommages et intérêts de l'art. 54 peuvent être alloués ou non par le juge, qui a toute liberté à cet égard. Est-il autorisé à les cumuler avec ceux dérivant des art. 52 ou 53? Nous n'éprouvons aucun scrupule à l'admettre, car la disposition légale qui nous occupe a en vue tous les cas de lésion corporelle et de mort d'homme et, dans tous ces cas, le juge peut adjuger une indemnité en sus du dommage matériel directement établi et même en dehors de tout dommage « constaté ». Le préjudice dont la réparation est exigible selon l'art. 54, n'est pas seulement celui qui résulte de la douleur physique subie, ou du chagrin ressenti à la perte d'un de ses proches, mais encore le préjudice, même matériel, dont la preuve ne saurait être apportée et dont l'existence n'est au reste pas douteuse (voir ad art. 55) ; ainsi, la privation d'un héritage pourrait être prise en considération [1], dans certaines circonstances particulières. L'art. 54 va donc au delà de la notion du simple *Schmerzensgeld*, qui n'est d'ailleurs pas une peine, mais une indemnité destinée à compenser le tort éprouvé.

Rappelons que l'art. 54 s'applique à tous les actes illicites ayant entraîné lésion corporelle ou mort d'homme, que ces actes tombent sous le coup des art. 52 et 53, ou des art. 61, 63, 65 et 67 (voir ad art. 52)[2].

83. *Tort moral.* Sous les mêmes conditions que celles de l'art. 50, c'est-à-dire d'un dommage causé à autrui sans droit, à dessein ou par négligence, l'art 55 prévoit en ces termes la réparation de ce que la jurisprudence française désigne sous le nom de « tort moral », mais il étend singulièrement cette notion : *Si quelqu'un a été lésé par d'autres actes illicites* (soit, sans doute, d'autres que ceux visés par les art. 52 et 53), *qui portent une grave atteinte à sa situation personnelle, le juge peut allouer une indemnité équitable, alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi.* Outre donc le *Schmerzensgeld* et le dommage matériel existant, mais non « constaté », de l'art. 54, en cas de lésion corporelle et de mort d'homme, — la loi autorise toute personne lésée par « d'autres actes illicites », qui lui causeraient un *dommage matériel ou moral*, ou *l'un et l'autre*, à en demander la réparation. La réparation du dommage matériel subi du chef de ces « autres actes illicites » est soumise au principe général des art. 50 et 51 [3] ; l'art. 55, inspiré

[1] *A. T. F.* XX, 203 et s.

[2] Pour le calcul de l'indemnité, voir *A. T. F.* XXIX², 557 et s.; cfr. *ibid.*, 604 et s. (inapplicabilité de l'art. 54 C. O.).

[3] Ces deux articles peuvent d'ailleurs s'appliquer concurremment avec l'art. 55 (*A. T. F.* XIII, 86, XV, 617, XVI, 393, XVII, 677, XXII, 527).

d'une pensée analogue à celle qui a dicté l'art. 54, a pour but de donner à la victime d'un acte illicite ayant eu d'autres conséquences que des lésions corporelles ou la mort, le droit de réclamer, en sus du tort matériel, ou même en l'absence de tout tort matériel démontrable ou prouvé, une indemnité basée sur le fait qu'une « grave atteinte » aura été portée à la « situation personnelle » du demandeur. Cette réparation n'a pas le caractère d'une pénalité, bien que, suivant le Tribunal fédéral, « elle ait cependant pour but accessoire d'exercer une certaine fonction pénale à l'égard de l'auteur du dommage » ; elle est une compensation, fournie en argent puisqu'on aurait en vain cherché une autre forme satisfaisante de compensation civile, du prix de la situation personnelle « gravement atteinte », et nos tribunaux ne l'accordent, à l'ordinaire, que dans une mesure trop peu généreuse.

Une *personne juridique* [1] a la faculté, tout aussi bien qu'une personne physique, d'intenter action en vertu de l'art. 55, car si elle ne peut, comme telle, être injuriée, par exemple, ou calomniée et porter plainte devant le juge pénal, il n'est nullement impossible qu'elle soit lésée dans sa « situation personnelle », dans son crédit, dans la confiance dont elle a besoin envers le public, — dans son honneur même, s'il s'agissait d'une corporation publique. Effectivement, il n'y a pas correspondance exacte entre les « autres actes illicites » de l'art. 55, et les infractions que la loi pénale range parmi les délits contre l'honneur. La question de savoir si l'acte illicite dont dérive le dommage a, ou n'a pas, un caractère délictueux est indifférente. On peut même affirmer qu'un délit contre l'honneur n'entraînera pas toujours l'application de l'art. 55 ; il ne l'entraînera que s'il implique une « grave atteinte » morale ou sociale aux droits du demandeur, en le troublant dans sa sûreté personnelle, dans le rang social et l'estime auxquels il peut prétendre, dans la jouissance de son patrimoine, dans l'exercice de sa profession, ou en le blessant vivement dans ses affections de famille ; et, sur ce dernier point, il a même été décidé que le fait de diriger, par la voie de la presse [2], des affirmations calomnieuses contre la mémoire d'une personne décédée constitue un acte illicite donnant ouverture, dans le sens de l'art. 55, à une action en indemnité de la part des héritiers [3]. Quoi qu'il en soit, l'atteinte portée à la situation personnelle d'un individu doit être *grave* pour motiver une action en

[1] *A. T. F.* XI, 202 (dans le même sens), XIII, 219 (évite de se prononcer) ; *R. j. f.* III, 130 ; *Zeitsch. d. b. J. V.* XXXVII, 88 (opinion contraire) ; cfr. aussi *Zeitsch. f. schw. R.* VIII, n. s., 32 et s. (article de M. le prof. A. Martin).

[2] Il va sans dire, d'ailleurs, que les lois cantonales sur la *presse* ne sauraient déroger au Code fédéral des Obligations (voir *A. T. F.* XI, 512) ; cfr. *ibid.* XIV, 93, XV, 445, XVII, 159.

[3] *A. T. F.* XV, 305.

dommages et intérêts ; elle doit affecter ou avoir affecté profondément celui qui en a été l'objet. Tout se réduit, dans ce domaine, à des questions de fait. Mais il est certain qu'une vulgaire injure, même réprimée par le juge pénal, une poursuite dirigée sans droit — sauf cependant si elle s'était produite dans des conditions exceptionnellement fâcheuses — contre une personne qui n'était pas la débitrice du poursuivant, une diffamation qui ne saurait entacher l'honorabilité ni compromettre la tranquillité du diffamé, il est certain, croyons-nous, qu'il serait abusif d'étendre l'application de l'art. 55 à des cas pareils[1]; bien plus, l'atteinte fût-elle même grave, il n'est pas dû de réparation aux termes de notre texte, lorsque le demandeur a provoqué les attaques excessives dont il se plaint[2]. Il est préférable cependant de ne pas faire ce que l'on pourrait appeler de la casuistique générale, car il y aura lieu souvent de prendre en considération des circonstances très particulières, des éléments très subjectifs qui auront, dans telle espèce donnée, une importance décisive. La « grave atteinte portée à la situation personnelle » s'appréciera non pas *in abstracto*, mais eu égard à la personnalité même de la partie lésée. S'il s'agit, par exemple, de la réparation d'une douleur morale, le caractère du demandeur, son état maladif, sa position sociale, toutes ces choses pèseront dans la balance, le juge ayant, au surplus, la grande liberté d'appréciation que lui confère l'art. 51, al. 1.

Les *atteintes portées au crédit* rentrent aussi dans le cadre de l'art. 55, lorsqu'il n'y a pas eu de dommage matériel constaté ou lorsque l'indemnité allouée en vertu de l'art. 50 ne suffit pas à réparer le tort réellement éprouvé. « Lorsqu'il s'agit d'atteintes au crédit, a jugé le Tribunal fédéral[3], les conséquences dommageables et leur rapport de causalité échappent souvent à l'appréciation, même lorsque la plus grande latitude est laissée au juge ; dans bien des cas, ce sera chose presque impossible au lésé de fournir les indications nécessaires pour éclairer complètement le juge, ou même on ne saurait, l'intérêt des affaires s'y opposant, attendre de lui qu'il le fasse. Il est donc légitime d'accorder aux personnes juridiques — et l'argumentation du Tribunal eût été la même, s'il se fût agi de personnes physiques, — le droit de réclamer une indemnité équitable, alors même qu'aucun dommage matériel n'est établi, contre ceux qui, sans droit, portent gravement atteinte aux relations personnelles dans lesquelles elles peuvent être engagées en tant qu'existences purement économiques ». Il nous paraît que

[1] *R. j. f.* XIV, 146 (arrêt du T. F. du 23 Mai 1896), *J. d. T.* XLIV, 753 (arrêt du T. F. du 26 Sept. 1896).

[2] *J. d. T.* XLII, 305 (arrêt du T. F. du 2 Mars 1894).

[3] *A. T. F.* XI, 202. Voir aussi *ibid.* X, 570, XII, 309, XIII, 219, XV, 618, XVI, 554.

cette interprétation de l'art. 55 est exacte. Nous ne pouvons à cet égard accepter l'opinion de M. le professeur Stoos, qui ne veut voir dans l'indemnité des art. 54 et 55, que le *Schmerzensgeld* des Allemands là, et ici, une sorte de « *Quasi-Schmerzensgeld* ». Les termes des deux articles, ceux entre autres de l'art. 55, sont aussi généraux qu'on le peut désirer. Une « atteinte à la situation personnelle » s'entend non seulement d'une atteinte à l'honneur, mais à toute la personnalité morale et en même temps à toute la vie sociale d'un individu. Qu'il souffre dans sa fierté blessée, dans ses affections de famille troublées, dans sa considération publique vilipendée, qu'il éprouve l'un de ces dommages qui, pour n'être pas susceptibles d'un apport de preuves régulier, n'en existent pas moins, soit dans l'ordre des choses morales, soit même dans l'ordre des faits matériels, la loi admet la possibilité d'une réparation. L'art. 55, en effet, ne s'est pas borné à reprendre la notion du « tort moral » de la jurisprudence française; et l'on pourrait dire peut-être que le tort dont elle accorde la réparation à l'art. 55, est, à côté du « tort moral » prouvé, tout *tort présumable*, matériel ou moral, causé à la personne, en dehors des cas de lésion corporelle et de mort d'homme, et présentant un certain caractère de gravité, — tout le tort qui, dans des circonstances données, et même indépendamment de toute preuve positive, doit porter une « grave atteinte » à la « situation personnelle », extérieure ou intime, de la victime de l'acte illicite; car la loi ne distingue pas. Au demeurant, nous l'avons dit, l' « indemnité équitable » de l'art. 55 n'est nullement une peine civile, elle ne tend qu'à la réparation d'un préjudice matériel ou moral que les juges déterminent *ex æquo et bono* [1].

Citons, pour finir, quelques décisions de la jurisprudence. Des dommages et intérêts résultent, selon l'art. 55 : du fait de communiquer à un tiers, alors que la chose est fausse, que tel individu est à la veille de sa faillite ; du fait d'un bureau de renseignements de ne pas se borner à adresser à ceux qui les lui demandent ses informations sur l'insolvabilité de certaines personnes, mais de répandre ces informations dans le public; du fait d'exposer publiquement une photographie accompagnée de la légende « exposée parce que non payée » ; du fait d'écrire dans un journal que telle personne se livre « aux vices de l'antiquité »; du fait d'accuser un négociant honorable d'être intéressé à un commerce honteux; du fait encore de rédiger une épitaphe conçue en ces termes : « Ici repose A. R. auquel des remèdes ordonnés à contre-sens ont ouvert

[1] *A. T. F.* XX, 435, XXIV², 154 et s., XXV², 480 et s.; cfr. cependant *J. d. T.* LI, 613, arrêt du T. F. du 14 Juillet 1903, où l'on reconnait que l'indemnité allouée a, pour but accessoire, une certaine pénalité infligée à l'auteur, et voir p. 116.

les portes du tombeau », — ce fait étant destiné à porter une grave atteinte à la situation personnelle du médecin traitant[1].

84. *Réduction du montant des dommages et intérêts.* Nous possédons, sur ce point, l'art. 51 al. 2, que voici: *S'il y a également une faute imputable à la partie lésée, le juge peut réduire proportionnellement les dommages et intérêts ou même n'en point allouer du tout*[2]. Le défendeur est, en conséquence, autorisé à opposer l'exception du concours de la faute à *toute* action en dommages et intérêts basée sur les art. 50 à 69. Mais il est bien entendu que la preuve de ce concours lui incombe, comme celle aussi du rapport de causalité entre la faute du demandeur et le dommage à réparer. La disposition légale de l'art. 51 al. 2 est très souvent invoquée; celui qui a injurié, calomnié, exercé des voies de fait, etc., alléguera qu'il y a été provoqué; le voiturier qui a bousculé un passant, le maître dont l'ouvrier se sera blessé en exécutant ses ordres, le propriétaire d'un animal qui aura dévasté le jardin d'autrui, tous pourront avoir sujet de se prévaloir de l'imprudence ou de la négligence de leur partie adverse, — qui peut être, au reste, non seulement la victime elle-même, mais aussi, le cas échéant, un ayant-cause de celle-ci, ou encore le père qui n'aurait pas surveillé convenablement son enfant tué, etc.

SECTION DEUXIÈME

De la responsabilité à raison d'actes illicites commis par autrui ou de choses qu'on a sous sa garde[3].

§ 1. *De la responsabilité incombant à une personne à raison du dommage causé par une autre.*

85. On est tenu non seulement du préjudice que l'on cause par son propre fait, mais aussi de celui occasionné par certaines per-

[1] Voir, entre autres, XI, 89, XIII, 86, 540, XVI, 554, XVII, 164, XX, 471, 525, XXI, 175 (fait divers — histoire d'un crime — utilisé pour une nouvelle), 475, 1162, 1195, XXII, 78, 155, 527, *Zeitsch. d. b. J. V.* XXIX, 553 et s. (attentat à la pudeur contre fillette de 10 ans), *Sem. jud.*, 1897, 17 (arrêt du T. F. du 26 Sept. 1896), etc.

[2] *A. T. F.* X, 369, XI, 89, XIII, 54, XVI, 192, XVIII, 294, 852, XIX, 547, XXIII, 842 et s. (art. 51, al. 2, applicable aussi dans le cas de l'art. 67), 1712 et s., XXIV², 456 et s., *R. j. f.* XXII, 89 et s. (arrêt du T. F. du 11 Déc. 1903).

[3] *Zeitsch. für schw. R.* V, n. sér. 327 et s. (article déjà cité de M. Bieder). *Duplan:* De la resp. à raison du fait d'autrui, Lausanne, 1884. *R. j.* III, 321 et s., 337 et s. (article de M. Stœcklin), et III, 97 et s. (article de M. Junier sur les art. 65 à 68). Voir, en outre, note en tête du présent chapitre.

sonnes (enfants, pupilles, etc., ouvriers, employés) dont on est responsable selon la loi, ou par des biens (animaux, bâtiments) qu'on a sous sa garde. Le législateur présume que si nous avions exercé une surveillance plus active, ou pris les mesures de précaution conseillées par la prudence, nous aurions réussi à conjurer le dommage éprouvé par autrui du chef des personnes ou des choses mentionnées plus haut, personnes et choses que nous avons sous notre garde ou sous notre dépendance et dont il est dès lors juste que nous répondions civilement. Si mon enfant a, volontairement ou par imprudence, logé une balle dans la jambe d'un voisin; si mon cocher, en conduisant mal sa voiture, écrase un piéton ; si un animal que je laisse courir par les chemins, au lieu de le tenir attaché, un cheval ou un chien par exemple, frappe ou mord un passant; si, par suite du défaut d'entretien, ma maison s'écroule un beau jour sur les gens qui traversent la rue, — si l'un de ces fait se produit, c'est qu'il est vraisemblablement la conséquence plus ou moins directe d'un dol ou d'une négligence de ma part. De là, les art. 61 et s., qui obligent d'ailleurs *conjointement et chacun pour tout*, dans les cas des art. 61 et 62, l'auteur de l'acte (cfr. art. 58) et la partie civilement responsable[1]. En revanche, nous n'admettrions pas de responsabilité solidaire du propriétaire et de l'entrepreneur dans le cas de l'art. 67.

86. *Celui*, nous enseigne l'art. 61, *auquel incombe légalement — rechtlich*, ce qui suppose aussi bien une obligation contractuelle qu'une obligation légale — *la surveillance d'une personne de sa maison, est responsable du dommage causé par elle* (cfr. art. 50 et s.), *à moins qu'il ne justifie avoir excercé cette surveillance de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances* (voir ad art. 52, où nous avons dit que ce dernier article et les deux suivants s'appliquaient aussi en matière de responsabilité indirecte[2]). La loi n'énumère pas les personnes qui peuvent être déclarées civilement responsables en vertu de l'art. 61. Nous devons considérer comme telles, le détenteur de la puissance paternelle à l'égard des enfants, le tuteur à l'égard des pupilles, le maître ou la maîtresse à l'égard de ses domestiques, apprentis ou apprenties, les instituteurs, les chefs de pensionnat, etc., mais non point, par exemple, le mari à l'égard de sa femme[3]. Et que signifient maintenant les mots : « la surveillance d'une personne de sa maison », — *häusliche Aufsicht?* Il ne faudrait pas croire que l'auteur de l'acte illicite dût nécessairement habiter sous le même

[1] *A. T. F.* XV, 816.
[2] *A. T. F.* XI, 537, XIX, 996, *Zeitsch. d. b. J.* V. XXII, 20, XXVII, 244, XXVIII, 124.
[3] *R. j.* III, 312; cfr. *Laurent*, XX, n° 445, *Aubry et Rau*, IV, § 447, dans le même sens.

fait que la personne civilement responsable ; il suffit qu'à l'époque où l'acte s'est produit, l'auteur ait dû se trouver sous une surveillance résultant de la loi ou du contrat, et la responsabilité du surveillant est présumée. L'obligation de surveiller et la responsabilité qui en découle frappent exclusivement, au reste, la personne tenue de la surveillance *au moment* où l'acte illicite a eu lieu ; ainsi un enfant cause du dommage pendant les heures d'école, c'est non point le père, ni le père et l'instituteur, mais celui-ci seulement qui pourra être recherché [1], à moins que le lésé ne prouvât que l'acte illicite est la conséquence d'une mauvaise éducation dont le père serait finalement seul responsable (et encore devrait-on établir un rapport de causalité entre la mauvaise éducation et l'acte illicite, car la présomption légale de l'art. 61 ne porte que sur le défaut de surveillance). La tierce personne mise en cause par la loi sera déclarée civilement responsable, si elle ne justifie pas avoir exercé une surveillance suffisante. La faute se présume donc, dans l'hypothèse de l'art. 61, mais c'est là une présomption *juris tantum*, susceptible d'être combattue par la preuve contraire. Encore sera-t-il nécessaire que cette preuve contraire soit entreprise et faite dans une certaine mesure, quoique la loi n'exige pas une preuve complète. Il n'est pas admissible, selon nous, qu'en l'absence de toute allégation ou de toute preuve sur ce point, le juge se substitue à la partie et cherche à construire la preuve de l'existence d'un degré suffisant de surveillance avec des éléments de fait pris dans les circonstances mêmes de l'affaire qui lui est soumise ; le C. O. impose un apport de preuves à la partie civilement responsable et les Codes cantonaux de procédure civile ne peuvent déroger à l'art. 61 *in fine* [2]. Comment la surveillance aura-t-elle dû être exercée, pour que la partie civilement responsable puisse échapper à l'action en dommages et intérêts ? C'est une pure question de fait. Mais il est bien entendu, par exemple, que l'on ne peut exiger d'un père de famille ou d'un chef d'institut, qu'il soit constamment ou qu'il ait constamment quelqu'un sur les talons de son enfant ou de son pensionnaire, du moins quand ce dernier a atteint un certain âge (12 ou 13 ans peut-être), ni qu'il le fasse attendre à la sortie de l'école, etc., mais bien qu'il ne le laisse pas manier des instruments dangereux ou des armes [3], courir les auberges, vagabonder, etc.

87. *Le maître ou patron* — art. 62 — *est responsable du dommage causé par ses ouvriers ou employés dans l'accomplissement de leur travail (in ihren geschäftlichen Verrichtungen,* dit d'une façon plus précise le texte allemand), *à moins qu'il ne*

[1] *Sem. jud.* 1895, 526 ; cfr. *A. T. F.* XXIV[2], 830 et s. (directeur de pensionnat).
[2] *Zeitsch. des bern. J.* V. XXII, 21, *R. j. f.* VI, 66, VIII, 112, IX, 54.
[3] *A. T. F.* XXIV[2], 426, 764 et s. ; *Sem. jud.* 1891, 791.

justifie avoir pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir ce dommage.— Les personnes morales[1] *qui exercent une industrie sont soumises à la même responsabilité* (cfr. art. 64). Cet article vise uniquement le *Geschäftsherr*, les « maîtres ou commettants » de l'art. 1384 C. civ. fr., et ne s'applique, d'autre part, qu'aux ouvriers et employés dont ils louent les services à la pièce, à la journée, au mois, à l'année, peu importe, pour l'exercice d'une industrie, d'un négoce, d'une profession en général[2]. Quant aux apprentis et aux domestiques proprement dits, qui sont au service de la personne ou de la famille du maître et qui n'ont rien à voir avec la profession — le *Geschäft* — de ce dernier, c'est l'art. 61 seul qui les concerne.

La présomption légale de l'art. 62 est plus grave que celle de l'art. 61, pour la partie civilement responsable, puisque celle-ci doit prouver qu'elle a « pris toutes les *précautions nécessaires* » pour prévenir le dommage ; elle est cependant limitée aux faits accomplis par les employés et ouvriers au cours et à l'occasion de l'exercice des attributions professionnelles qui leur sont conférées et elle n'a pas lieu pour les faits qui y sont étrangers[3], ensorte, par exemple, qu'un maître ne serait pas responsable des actes commis par l'un de ses ouvriers en dehors de son service, ou pendant un congé, ou en s'amusant. Notons encore que la responsabilité civile du patron s'étend à la fois au dommage matériel, et, le cas échéant, au dommage dont la réparation est prévue aux art. 54 ou 55.

C'est de nouveau une pure question de fait que celle de savoir si « toutes les précautions nécessaires ont été prises[4] ». La *culpa in eligendo* jouera un assez grand rôle dans cette matière, car si l'on ne peut exiger d'un maître qu'il soit constamment auprès de ses ouvriers, on peut du moins le rendre responsable de ce qu'il les a choisis à la légère et de ce qu'ensuite il ne les aurait pas très exactement surveillés ; nous pourrions présenter des remarques analogues au sujet de la *culpa in instruendo*. D'un autre côté, le

[1] *A. T. F.* X, 575 (une société anonyme en *état de liquidation* peut encore être recherchée en vertu de l'art. 62) ; XVI, 812 et s. (une personne morale n'est responsable qu'en vertu et sous les conditions de l'art. 62, — non de l'art. 50 et s.) ; H. E. XIII, 305 (en particulier, ni l'*Etat* ni les communes ne sont responsables du dommage résultant de mesures destinées à combattre des maladies contagieuses). — Constatons encore que les *personnes morales* ne peuvent commettre de *délits*, d'après la jurisprudence constante du T. F. ; voir n° 77 et note 1, p. 106.

[2] *H. E.* VII, 213 (sont des employés, dans le sens de l'art. 62, même les correspondants étrangers d'un bureau de renseignements). *A. T. F.* XI, 59, XVII, 537.

[3] *A. T. F.* XX, 955 et s., XXIX[1], 60 et s., 319 et s.

[4] *A. T. F.* XI, 513, XVIII, 285 (responsabilité d'une commune), XIX, 321, XX, 955, XXII, 1283, XXIII, 1131, XXIV, 128, 867.

maître est responsable, la loi présumant sa faute, sans qu'il y ait lieu de distinguer si ses employés ou ouvriers ont, ou n'ont pas, une faute personnelle à se reprocher au sujet de l'acte dommageable [1].

Ce système de responsabilité avec inversion de la preuve n'est qu'à moitié satisfaisant, et seule une responsabilité absolue sera, pour le maître, une raison impérieuse de vouer tous ses soins au choix et à la surveillance de ses ouvriers et employés.

87 *bis.* L'art. 63 ajoute : *Les personnes qui, aux termes des articles 61 et 62, sont tenues du dommage, ont leur recours*[2] *contre son auteur pour autant qu'il peut être rendu responsable de ses actes.* Le recours de la partie condamnée comme civilement responsable contre l'auteur du dommage est admissible, toutes les fois que la partie lésée elle-même aurait pu l'actionner, et dans les mêmes limites. L'art. 58 sera aussi applicable au recours dont il s'agit contre un ouvrier ou employé « irresponsable ».

§ 2. *De la responsabilité incombant à une personne à raison des animaux ou des choses qu'elle a sous sa garde.*

88. Nous avons deux formes de cette responsabilité, celle des art. 65 et 66 et celle des art. 67 et 68 (l'art. 51 al. 2, et les art. 52 et s. s'appliquant d'ailleurs ici).

En cas de dommage causé par un animal, dit l'art. 65, *la personne qui le détient*[3] *est responsable, à moins qu'elle ne justifie l'avoir gardé et surveillé avec le soin voulu, et sauf son recours si l'animal a été excité, soit par un tiers, soit par un animal appartenant à autrui.* C'est donc, dans l'espèce, non point le propriétaire de l'animal qui est responsable, mais son détenteur, car l'obligation de surveillance incombe à celui qui, soit comme propriétaire, soit comme locataire, usufruitier, etc., a l'animal sous sa garde ; sa responsabilité n'est exclue que s'il détruit, par

[1] *H. E.* V, 110; cfr. *A. T. F.* XXIX[2], 489, (où l'on abandonne la théorie précédemment admise — *ibid.* XXVII[2], 504 — d'après laquelle il y avait lieu de tabler sur des éléments subjectifs, ainsi sur la faute du maître, et où l'on déclare qu'il convient de s'en tenir à l'art. 51, soit à la faute de l'employé). Cette opinion nous paraît erronée, car le défaut de preuve libératoire de la part du défendeur implique une faute du maître (*in eligendo, in instruendo,* etc.), qui doit être prise en considération d'après l'art. 51 lui-même et qui est en quelque sorte solidaire de celle de l'employé.

[2] La nouvelle jurisprudence du T. F. (voir note précédente) simplifie cette question de recours (*A. T. F.* XXIX[2], 489), les dom. et int. ne se déterminant que d'après le fait même de l'auteur du dommage, — *nach seiner directen schädigenden Einwirkung.*

[3] *R. j. f.* VIII, 114, IX, 54. *A. T. F.* XIX, 332, XXI, 1151 et s.

l'apport d'une preuve contraire, la présomption de faute statuée à son encontre par la loi. Cependant il va de soi que si une faute est imputable à l'enfant, au domestique[1], au voiturier du propriétaire, celui-ci est tenu, comme partie civilement responsable en conformité des art. 61 ou 62, conjointement avec l'auteur du dommage, mais sauf son recours d'après l'art. 63. S'il y a également faute du lésé, l'art. 51 al. 2 est applicable, ici comme toujours. Et, à d'autres égards, le dommage visé par l'art. 54 devra aussi être réparé.

Si l'animal a été excité par un tiers ou par un animal appartenant à autrui, la victime pourra quand même s'en prendre au détenteur et, conjointement sans doute, au tiers, ou au propriétaire de l'animal qui a excité (sur ce dernier point, on peut se demander s'il s'agit de celui qui détient l'animal, ou du propriétaire ; la loi parle d'un « animal appartenant à *autrui* » — *das Tier eines Andern*, — elle paraît supposer en conséquence un rapport de propriété, non de simple détention, mais cette solution serait absurde dans nombre de cas). Le détenteur aura son recours dans l'hypothèse de l'art. 65 *in fine* ; il l'aura de même contre le propriétaire, si celui-ci, par exemple, lui avait prêté, sans le prévenir, un cheval vicieux, un chien hargneux, etc.

C'est toujours une question de fait que celle de décider quand on n'aura pas « gardé l'animal avec le soin voulu », non seulement avec le soin usuel. Il a été reconnu que c'était une faute : de laisser conduire trois pièces de bétail à l'abreuvoir par un enfant, quoique ce fût l'usage ; de conduire sans licol à l'abreuvoir un bœuf ombrageux ; de laisser un chien non attaché dans une cour ouverte, car la confiance témoignée au chien par son propriétaire est aux risques de ce dernier, — enfin de manquer, d'une manière quelconque, à son devoir de stricte surveillance[2].

Le possesseur d'un fonds de terre – art. 66 — *a le droit de s'emparer des animaux appartenant à autrui qui y causent du dommage*[3] *et de les retenir* (cfr. art. 228) *en garantie de l'indemnité qui peut lui être due ; dans les cas graves, il est même autorisé à les tuer s'il ne peut s'en défaire autrement. — Toutefois, il est tenu d'avertir sans retard le propriétaire des animaux et, s'il ne le connait pas, de prendre les mesures nécessaires pour le découvrir* (publications, annonces, etc.). Le propriétaire de l'animal qui a causé le dégât ne peut se libérer en en faisant l'abandon noxal ; il doit la réparation intégrale du préju-

[1] Ajoutons qu'un domestique frappé par un animal dont il a la garde ne pourrait sans doute, de *lege lata*, invoquer l'art. 65. Il devrait établir la faute du maître, quelque dure que soit cette solution.

[2] Voir, entre autres, *A. T. F.* XVII, 639, XVIII, 331, XIX, 992, XXII, 1181 et s., XXVI², 103 et s., 560 et s.

[3] Un dommage doit pouvoir être établi (*Sem. jud.* 1894, 749).

dice, le recours du lésé étant d'ailleurs garanti par un droit de rétention.

Il faut vraisemblablement décider que l'art. 66 ne rend pas les propriétaires responsables à raison du gibier qui vit sur leurs domaines, à moins qu'ils ne multiplient les animaux nuisibles pour se réserver le plaisir de la chasse. Cet article s'appliquera surtout au bétail qui s'échappe du pâturage et va brouter sur le terrain d'autrui, et aux animaux de basse-cour.

89. Passons à l'art. 67, ainsi conçu : *Le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage est responsable du dommage causé* (cfr. art. 50, 54) *par le défaut d'entretien ou par le vice de la construction* [1] *; sauf, dans ce cas, son recours contre le constructeur aux termes de l'art. 362* (ou contre toute autre personne obligée de réparer ou d'entretenir le bâtiment ou l'ouvrage). Ici, c'est le *propriétaire seul*, non le locataire ou le fermier ou tout autre détenteur, qui est exposé à l'action en responsabilité ; mais c'est au demandeur en indemnité qu'il incombe d'établir le rapport de causalité entre le préjudice et le « défaut d'entretien ou le vice de construction » ; il n'y a pas de présomption de faute à la charge du propriétaire. En droit romain, le propriétaire d'un bâtiment menaçant ruine pouvait, sur la demande d'un voisin, être condamné à fournir la *cautio damni infecti ;* ce système n'a pas été admis en droit fédéral, pas plus qu'en droit français : le propriétaire ne doit, sauf l'art. 68, que des dommages et intérêts s'il y a eu préjudice éprouvé dans les conditions de l'art. 67 (cfr. art. 838 C. civ. al.). Au demeurant, la responsabilité dérivant de notre texte existe en dehors de toute faute du défendeur ; il suffit qu'il y ait vice de construction, défaut d'entretien, etc. En d'autres termes, nous sommes avec l'art. 67, dans le domaine de la responsabilité simplement objective [2].

Cet article ne concerne, au surplus, pas seulement les bâtiments, mais « tous autres ouvrages », canaux, ponts, passerelles, poteaux télégraphiques ou téléphoniques, couvertures d'égouts, échafaudages, chemins, conduites d'eau, écluses, etc. [3]. Et maintenant, n'a-t-il trait qu'à la réparation du dommage causé par une *action matérielle*, si l'on peut ainsi dire, du bâtiment ou de l'ouvrage

[1] *R. j. f.* VIII, 22, 45, 60 et s. — Les mots « vice de construction » rendent insuffisamment la formule allemande : *fehlerhafte Anlage oder Herstellung*, et comprennent l'installation fautive, contraire aux règles de l'art, ou même l'emplacement défectueux adopté pour y élever un ouvrage (cfr. *A. T. F.* XXVI[2], 831 et s., *R. j. f.* XIII, 30).

[2] *A. T. F.* XI, 536, XV, 638 ; cfr. *ibid.* XVI, 762 (recours contre le constructeur), XXII, 1149 et s., XXV[2], 105 et s. (passage ouvert au public), XXVII[2], 578 et s. (appareil à acétylène) ; *Sem. jud.* 1894, 657 (chute de matériaux, sauf preuve de la force majeure), 1895, 338. — Voir note précédente.

[3] *A. T. F.* X, 382, XI, 536, XIV, 327, XVI, 385, 812, XXII, 1149.

lui-même, ou l'art. 67 est-il encore applicable lorsqu'une *circonstance extérieure* a provoqué ou contribué à causer le dommage ? Ni le texte de la loi, ni l'historique de sa rédaction ne nous renseignent exactement à ce sujet. On devrait croire, dès lors, que notre législation n'est pas allée plus loin que les codes qui lui ont servi de modèles (C. civ. fr. art. 1386, C. civ. zür. art. 1885), ensorte que le propriétaire ne serait tenu de réparer que le dommage occasionné par le bâtiment ou l'ouvrage. Le texte allemand semble même assez explicite dans ce sens : le propriétaire, dit-il, *haftet für den Schaden welchen dasselbe (das Gebäude)... verursacht hat*, — est tenu du dommage causé *par le bâtiment* ; et il n'est pas permis d'étendre au delà de ses termes précis un article de loi qui est, en somme, de droit exceptionnel. Néanmoins, le Tribunal fédéral[1] a consacré une solution contraire à celle que nous donnons. Un marqueur fut, à l'occasion d'un tir organisé par les diverses sociétés de tir d'Aarberg, tué par une balle provenant d'un tireur inconnu ; les experts attribuèrent l'accident à la construction défectueuse de la butte qui ne protégeait pas suffisamment le marqueur contre les projectiles portant bas. Les parents du marqueur Liechti ont actionné la Commune bourgeoise d'Aarberg, propriétaire de la butte, et le Tribunal fédéral leur a alloué une indemnité de 2000 fr., en disant : « Il y a lieu d'admettre, qu'à teneur de l'art. 67, le propriétaire d'un bâtiment ou autre ouvrage répond toutes les fois que le vice de construction de celui-ci cause un dommage, c'est-à-dire qu'un rapport de causalité est établi entre la défectuosité de l'ouvrage et le préjudice subi, sans qu'il faille distinguer selon que le préjudice a été occasionné par l'action directe et corporelle de l'ouvrage sur des personnes ou des choses (par exemple par sa ruine), ou d'une autre manière. Cette thèse ne repose nullement sur une interprétation extensive de la loi... En l'espèce, l'accident est dû à l'entretien défectueux de la butte appartenant à la défenderesse. Un autre facteur y a bien coopéré, à savoir un événement extérieur, le malheureux coup de feu d'un tireur inconnu ; mais le fait qu'une circonstance extérieure contribue à causer un dommage n'exclut pas l'application de l'art. 67 C. O., pour autant du moins que cette circonstance n'aurait eu aucune conséquence dommageable dans le cours ordinaire des choses et n'en a entraîné une que grâce à la défectuosité de l'ouvrage... Et, au cas particulier, c'est à l'état défectueux de la butte qu'on doit faire remonter juridiquement la cause du dommage ».

L'art. 67 (texte allemand) consacre bel et bien une interprétation restrictive, ainsi que nous croyons l'avoir démontré. S'il était

[1] *A. T. F.* XVI, 812 et s. ; cfr. *ibid.* XXVII[2], 578 et s. (l'art. 54 est applicable dans les cas de l'art. 67) et XXIX[2], 687 et s. (où le T. F. pousse jusqu'à ses extrêmes conséquences sa doctrine exposée dans l'arrêt critiqué ci-dessus).

équitable d'indemniser les parents de la victime, ceux-ci auraient dû intenter action contre les tireurs réunis dans le stand d'Aarberg, qui tiraient sans s'être préalablement assurés de l'état de la butte (art. 50 et 60 C. O.), — sauf leur recours, le cas échéant, contre le propriétaire de celle-ci.

Celui qui — art. 68[1] — *est menacé d'un dommage provenant du bâtiment ou de l'ouvrage d'autrui, a le droit de contraindre le propriétaire à prendre les mesures nécessaires pour écarter le danger ; sans préjudice des règlements de police concernant la protection des personnes et des propriétés.* C'est encore le *propriétaire seul* qui peut être recherché d'après l'art. 68. La personne menacée est autorisée à le contraindre, en justice, à réparer ou à reconstruire, et, en cas de refus, à réclamer de l'autorité compétente la permission de faire, aux frais du propriétaire, les travaux indispensables. Il n'est nullement nécessaire, au reste, pour l'application de l'art. 68 (*alias*, 67), que le danger soit provoqué par un vice de construction ou par le défaut d'entretien des bâtiments et autres ouvrages, ce dernier mot devant être pris dans son sens le plus large et notre texte protégeant les personnes aussi bien que les propriétés. La procédure cantonale en matière d'exécution des jugements sera d'ailleurs déterminante.

SECTION TROISIÈME

De l'action en responsabilité et de sa prescription.

90. L'action en dommages et intérêts dérivant des art. 50 et s. peut être dirigée contre l'auteur de l'acte illicite, ou ses *héritiers* qui n'ont pas renoncé à sa succession ; elle appartient, d'un autre côté, à la partie lésée et, en tout cas, aux personnes désignées aux art. 52 et 54 *in fine*, soit à leurs représentants légaux. Le projet de 1879 contenait la disposition suivante : « Le droit aux dommages et intérêts passe aux héritiers de la partie lésée. L'obligation d'indemniser passe aux héritiers de l'auteur du dommage, jusqu'à concurrence du montant de la succession ». Cet article fut supprimé, sur les observations de la Commission du Conseil national, qui s'expliquait en ces termes : « Il y a lieu — comme d'ailleurs cela va sans dire, en l'absence d'une disposition contraire — de maintenir le principe que les obligations provenant d'un délit obligent

[1] *A. T. F.* XV, 639 (relation entre art. 68 et 67), XVII, 550, XIX, 269, XXI, 880, XXIV[2], 96 et s.; cfr. *J. d. T.* LI, 129 et s. (arrêt du T. F., du 13 Juin 1902).

les héritiers et leur profitent, tout comme celles qui résultent d'un contrat, pour autant du moins que la nature des choses le permet (cfr. art. 52 et 54 *in fine* du texte définitif). En revanche, c'est incontestablement à la législation cantonale qu'il appartient de fixer les conditions auxquelles les héritiers peuvent se soustraire à l'obligation de payer, dans le cas où le passif dépasserait l'actif; le principe du bénéfice d'inventaire généralement admis est de nature à sauvegarder leurs intérêts. Nous ne pouvons donc approuver la disposition d'après laquelle l'obligation d'indemniser ne passe aux héritiers de l'auteur du dommage que jusqu'à concurrence du montant de la succession ».

Les *héritiers de l'auteur du dommage* sont dès lors tenus, sauf la faculté qu'ils ont de renoncer à la succession ou d'accepter bénéficiairement, même *ultra vires hereditatis*, tout comme s'ils étaient recherchés en vertu d'obligations conventionnelles; nos diverses lois cantonales concordent sur ce point. Quant aux *héritiers du lésé*, ils peuvent réclamer une indemnité pour le préjudice *matériel* advenu à leur ayant-cause, aussi longtemps que l'action n'est pas prescrite, ou que ce dernier ne l'a pas exercée déjà ou n'y a pas renoncé (en tant qu'il s'agirait du dommage dérivant de l'art. 55 C. O., nous ne croyons pas qu'ils puissent en demander la récupération en leur qualité d'héritiers, d'ayants droit du *de cujus*, car l'action de celui-ci à cet égard était éminemment personnelle et n'est pas transmissible à ses héritiers [1]); ils peuvent, en outre, réclamer la réparation du préjudice qui leur est advenu personnellement à raison du dommage éprouvé par celui auquel ils succèdent, mais alors dans les seuls cas et sous les seules conditions des art. 52 et 54 *in fine* et pour autant qu'ils rentreront dans l'une ou l'autre des catégories de personnes autorisées par la loi à se porter demanderesses; enfin, nous avons vu (n° 83) que les héritiers d'une personne pouvaient invoquer l'art. 55 en leur faveur pour injure grave envers la mémoire du défunt, mais ici ils actionnent pour leur propre compte plutôt que comme représentants du *de cujus*.

91. L'action dérivant des art. 50 et s. s'éteint :

1° Par la *renonciation* expresse ou tacite de la partie lésée et par les *autres modes d'extinction des obligations* spécifiés aux art. 129 et s., entre autres :

2° Par la *prescription*, qui est soumise à des règles particulières. *L'action en dommages et intérêts*, dit l'art. 69, al. 1 (cfr. art. 150), *se prescrit par une année à partir du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage et de la personne qui en est l'au-*

[1] *R. j. f.* XXI, 50 (arrêt du T. F. du 13 Juin 1902, conforme aux principes exposés ci-dessus, mais admettant que l'action fondée sur l'art. 55 passe aux héritiers quand elle a été *commencée* déjà par le lésé lui-même).

teur, et, dans tous les cas, par dix ans à partir du jour où le fait dommageable s'est produit (ou a cessé, s'il s'agit d'un fait qui s'est prolongé pendant un certain laps de temps [1]), — les art. 87 et s. étant d'ailleurs applicables pour la supputation des délais, ainsi que les art. 153 et s. Quand le demandeur introduira son action dans les dix ans, il sera présumé avoir conservé son droit, alors même qu'il se serait écoulé plus d'un an depuis l'acte illicite. Ce serait alors au défendeur qui voudrait s'en prévaloir, à établir que sa partie adverse sait depuis plus d'une année qu'elle a été lésée par un fait dont l'auteur lui est connu. La disposition ci-dessus concerne l'action fondée sur un délit *civil* ou un quasi-délit. En matière de délits, dans le sens *pénal* du mot, le 2me al. de l'art. 69 porte : *Si toutefois les dommages et intérêts dérivent d'un acte punissable, soumis par la législation pénale* (des cantons, de la Confédération, ou de l'étranger, suivant la loi sous laquelle tombera le délit) *à une prescription de plus longue durée, la même prescription s'applique à l'action civile.* Cette distinction est malheureuse. Il est facile de la justifier, quand l'acte dommageable et punissable rentre dans le champ d'application du Code pénal fédéral. Mais lorsqu'il est soumis à l'une ou à l'autre des vingt-cinq législations pénales de nos cantons ? La plus grande diversité continuera à régner dans une matière qui aurait dû être unifiée. Si encore le Tribunal fédéral considérait les prescriptions des Codes pénaux des cantons visées par l'art. 69, al. 2, comme parties intégrantes du C. O., il n'y aurait que demi-mal en l'affaire, mais il s'est refusé à statuer dans les cas d'une prescription de cette espèce, alléguant qu'il interpréterait sans cela, ce qui est soustrait à sa compétence, une disposition du droit cantonal [2]. Et quand le délit a été commis à l'étranger, la situation est encore moins claire, quoiqu'il ne soit pas douteux qu'il faille s'en tenir au délai de prescription de la loi étrangère. Faisons observer que l'art. 69, alin. 2, s'applique à l'auteur du dommage et à ceux qui y ont coopéré, mais non aux personnes civilement responsables à teneur des art. 61 et 62, ces personnes demeurant toujours au bénéfice de la prescription instituée par l'art. 69, alin. 1 [3].

La durée de la prescription est la même à l'égard des *héritiers* de l'auteur de l'acte illicite et de la partie lésée. Lorsque l'action publique est éteinte par suite de la mort du délinquant, l'action civile subsiste naturellement et la prescription de l'art. 69, al. 2.

[1] *A. T. F.* XIV, 630.

[2] *A. T. F.* XIII, 490. — L'action civile est imprescriptible, si le droit pénal n'admet pas de prescription à l'égard de l'acte illicite punissable sur lequel elle se fonde (*R. j. f.* XVII, 76).

[3] *A. T. F.* XXII, 471 et s.

fait règle; il suffit que l'acte ait été punissable à l'origine, il importe peu qu'il le soit encore au moment où l'action en dommages et intérêts sera intentée.

APPENDICE

Lois spéciales extensives de la responsabilité civile.

92. Nous tenons à donner ici un exposé succinct de quelques lois spéciales, qui étendent la notion de la responsabilité civile et qui sont réservées, entre autres, à l'art. 888 C. O. [1]. Elles ont plus particulièrement trait à la garantie du *risque professionnel* et consacrent la théorie de la responsabilité simplement causale.

Le lésé a droit à la réparation du dommage qui lui est causé, non seulement lorsque ce dommage est la conséquence d'un acte illicite de la personne responsable directement ou indirectement (art. 50 et s. et 61 et s. C. O.), mais aussi lorsqu'il est le fait du hasard, qu'il est le résultat d'un cas fortuit; la responsabilité n'est alors exclue que dans les cas de *faute imputable au lésé*, de *force majeure* et de *crimes ou délits* (ou *fautes*, loi de 1875) *imputables à des tiers*. Le demandeur n'a jamais à prouver la faute de l'employeur qu'il attaque.

Ce sont les chemins de fer qui ont provoqué toute une révolution juridique dans le domaine qui nous occupe, et cela à raison des dangers que leur exploitation présente pour le personnel et les voyageurs. La notion de la responsabilité des entreprises de *chemins de fer* a été étendue ensuite aux *bateaux à vapeur*, puis à l'*exploitation des fabriques*.

93. La loi fédérale du 1er Juillet 1875 sur la responsabitité des *entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur* ne déroge au droit commun qu'en ce qui concerne « les accidents entraînant mort d'homme ou lésions corporelles ». Elle s'est inspirée de la loi prussienne du 3 Novembre 1838 (art. 35), de la loi autrichienne du 5 Mars 1869, et enfin de la loi allemande du 6 Juin 1871, sans parler de l'art. 1384 du C. civ. fr. Les Chambres fédérales sont en train

[1] *Eger:* Das Reichshaftpflichtgesetz (4te Auflage, 1896); *Sainctelette:* De la responsabilité et de la garantie, Paris, 1884; *A. Martin*: Etude des lois féd. sur la resp. civ., Genève, in-8°, 1890; *v. Salis*: Der Haftpflichtanspruch, etc. Berne, 1897. *O. Erismann*: Das Haftpflichtgesetz vom 1 Juli 1875, Bâle, 1895; *A. Zeerleder*: Die schw. Haftpflichtgesetzgebung, Berne, 1888; *Ch. Soldan:* La resp. des fabricants et autres chefs d'exploitation, Lausanne, 1895. *A. T. F.* XVI, 556, XVIII, 858, XX, 485, 1126, XXII, 1220, etc.

de la reviser, notamment, en assimilant les accidents de construction aux accidents d'exploitation, en appliquant les principes consacrés par les art. 52 à 54 C. O., et en frappant les détenteurs d'*automobiles* de la même responsabilité que celle statuée par la loi de 1875.

Les *accidents de construction* restent soumis aux règles du droit commun (cfr. cependant art. 1 et 2, loi féd. du 26 avril 1887): *Toute entreprise de chemins de fer est responsable pour le dommage causé par les accidents survenus dans la construction du chemin (de fer) et qui ont entrainé mort d'homme ou lésions corporelles, si ces accidents sont le résultat d'une faute quelconque de l'entreprise concessionnaire* (art. 1). Il en est autrement pour les *accidents d'exploitation*, régis par le texte suivant: *Toute entreprise de chemins de fer ou de bateaux à vapeur est responsable pour le dommage résultant des accidents survenus dans l'exploitation et qui ont entrainé mort d'homme ou lésions corporelles, à moins que l'entreprise ne prouve que l'accident est dû, soit à une force majeure, soit à la négligence ou la faute des voyageurs ou d'autres personnes non employées pour le transport, sans qu'il y ait eu faute imputable à l'entreprise, ou enfin que l'accident a été causé par la faute de celui-là même qui a été tué ou blessé*[1] (art. 2). Ajoutons la *disposition commune* que voici: *L'entreprise est responsable de ses employés, aussi bien que de toute autre personne dont elle se sert pour l'exécution des transports ou pour la construction de la ligne. Toutefois, elle conserve le droit d'exercer un recours contre ceux auxquels la faute commise est imputable* (art. 3). La responsabilité *directe* de l'entreprise est donc consacrée par les art. 1 et 2, sa responsabilité *indirecte* par l'art. 3 de la précitée[2]; cfr. art. 2, loi du 25 Juin 1881 et art. 4, loi du 26 Avril 1887.

Les compagnies de chemins de fer et de bateaux à vapeur sont tenues de réparer l'*intégralité du dommage* causé, et il n'existe pas de maximum comme dans la loi sur la responsabilité des fabricants. Voici les prescriptions légales sur ce point :

1° *En cas de mort d'homme*, l'indemnité comprendra « les frais

[1] L'art. 4 de la loi dispose au surplus: *Il ne peut être réclamé d'indemnité, dans les cas des art. 1 et 2 de la présente loi, s'il est prouvé que la personne tuée ou blessée s'était mise en rapport (!) avec l'entreprise, en commettant un acte criminel ou déloyal, ou en violant sciemment des prescriptions de police, et cela lors même que l'accident serait le résultat d'une faute étrangère à cette personne.*

[2] Une question intéressante est celle de savoir si l'art. 2 de la loi de 1875 est applicable, lorsqu'un accident a été déterminé par le fait que le bruit d'un train en marche avait épouvanté un animal; il faut admettre, croyons-nous, l'affirmative, comme en Allemagne (*Eger*, l. c., p. 120 et s.), malgré une décision contraire rendue par la Cour d'appel thurgovienne (*R. j. f.* VII, 79).

occasionnés par les tentatives de guérison, ainsi que le préjudice pécuniaire que l'incapacité de travail totale ou partielle avait causé au défunt pendant sa maladie » (art. 5 al. 1), — ceci pour les héritiers, quels qu'ils soient. En outre, « celui dont l'entretien était, au moment de la mort, à la charge de la personne tuée, peut demander une indemnité si, par suite de la mort, cet entretien lui est enlevé » (art. 5 al. 2) ; il s'agit, en l'espèce, des personnes (femmes, enfants, ascendants et autres parents à l'égard desquels la loi impose l'obligation d'entretien) envers lesquelles le défunt était *tenu* à des aliments, avait une *Alimentationspflicht* lors de l'accident, et non point de toutes celles dont il pouvait être le soutien[1] (cfr. art. 52 C. O.). Voir encore art. 8, en note ci-dessous.

2° *En cas de lésions corporelles*, l'indemnité s'entend « des frais de guérison » et du « préjudice pécuniaire que l'incapacité de travail totale ou partielle, durable ou passagère, a causé à la personne blessée »[2] (art. 5 al. 3). De plus, si l'entreprise de transport s'est rendue coupable d'un *dol* ou d'une *négligence grave* (cfr. art. 54 C. O.), il pourra être alloué à la partie lésée ou à ses ayants droit une indemnité « indépendamment de l'indemnité pécuniaire pour le préjudice démontré » (art. 7).

L'indemnité est fixée « sous la forme d'un capital ou d'une rente annuelle ». Une revision du jugement peut être réservée exceptionnellement par le juge, « pour le cas de mort ou d'une aggravation de l'état du blessé » (art. 6)[3].

Que décider, en l'absence d'un texte légal (cfr., en matière de resp. des fabricants, art. 9 loi de 1881), lorsque la victime de l'accident était *assurée* par les soins de l'entreprise ? L'assurance doit profiter à celui qui acquitte les primes. Si donc l'employeur est chargé seul du service des primes, il doit être autorisé à déduire le montant de l'assurance du chiffre de l'indemnité due à la victime ; il n'en pourrait déduire que le tiers, s'il ne contribuait que dans cette mesure au paiement des primes (cfr. *A. T. F.*, X, 137 et s.)

L'action dérivant de la loi de 1875 se prescrit (art. 10[4]) dans les *deux ans* à partir du jour où le dommage a été causé ; la prescription est interrompue « non seulement par l'ouverture de l'action, mais aussi par la présentation de la réclamation écrite à la direction de l'entreprise, dans ce sens que la prescription ne court pas aussi longtemps qu'il n'a pas été statué sur la réclamation » : et, « si la

[1] *A. T. F.* IV, 675, V, 113 et s., VII, 111, 822, VIII, 529, IX, 336, etc.

[2] Et aussi de la valeur « des objets perdus ou avariés qui se trouvaient sous la garde personnelle de celui qui a été tué ou blessé » (art. 8).

[3] Pour le calcul de l'indemnité et l'appréciation des divers éléments de ce calcul, voir *Soldan*, l. c., 52 et s., ainsi que les tables de mortalité et de capitalisation, p. 85 et s., *ibid.*

[4] *A. T. F.* VII, 539 (les cas d'interruption sont limitativement fixés par l'art. 10).

réclamation est repoussée, une nouvelle prescription de deux ans court du jour de la réception de la réponse ».

Les règles ordinaires de la procédure en matière de preuves ne lient pas le juge, qui apprécie librement les faits pour accueillir ou rejeter la demande d'indemnité et pour fixer éventuellement le montant des dommages et intérêts. Sont d'ailleurs « sans valeur légale, les règlements, publications ou conventions spéciales qui excluraient ou limiteraient d'avance l'obligation d'indemniser » (art. 12).

93 *bis*. En ce qui concerne les *postes*, nous renvoyons aux art. 18 et s. de la loi fédérale du 5 Avril 1894 ; la responsabilité est la même que celle des entreprises de chemins de fer dans les cas de mort d'homme et de lésions corporelles ; pour les objets perdus ou avariés, les dommages comportent la valeur réelle de la perte pour les envois consignés ; voir art. 25 et s. de la dite loi.

94. La *responsabilité civile des fabricants* est soumise aux deux lois des 25 Juin 1881 et 26 Avril 1887. Le « fabricant » est celui qui exploite une fabrique, c'est-à-dire un établissement industriel où un nombre plus ou moins considérable d'ouvriers sont occupés régulièrement et simultanément, hors de leur demeure et dans un local fermé. Lorsqu'il existe des doutes — sérieux — sur le point de savoir si tel établissement industriel est une fabrique, le Conseil fédéral prononce en dernier ressort, sur le préavis du gouvernement cantonal (loi du 23 Mars 1877, art. 1).

Résumons très brièvement les principes de la loi de 1881 : *Le fabricant est responsable du dommage causé à un employé ou à un ouvrier tué ou blessé dans les locaux de la fabrique et par son exploitation, lorsque l'accident qui a amené la mort ou les blessures a pour cause une faute imputable soit à lui-même* (fabricant), *soit à un mandataire, représentant, directeur ou surveillant dans l'exercice de ses fonctions* (art. 1). Le fabricant est responsable[1], dans les mêmes limites, voire *en l'absence de toute faute de sa part... à moins qu'il ne prouve que l'accident a eu pour cause ou la force majeure ou des actes criminels ou délictueux, imputables à d'autres personnes que celles mentionnées en l'article premier, ou la propre faute de celui-là même qui a été tué ou blessé* (art. 2). Enfin, dans les industries que le Conseil fédéral, en exécution de l'art. 5, litt. *d* de la loi du 23 Mars 1877, désigne comme pouvant engendrer des maladies graves, *le fabricant est en outre responsable du dommage causé à un employé ou à un ouvrier par une de ces maladies, lorsqu'il est constaté qu'elle a uniquement pour cause l'exploitation de la fabrique* (art. 3).

[1] Voir le texte et les notes des pages précédentes relatives à la loi du 1er Juillet 1875.

Sont de plus régies par la loi fédérale de 1881, aux termes de la loi du 26 Avril 1887 sur l'extension de la responsabilité civile des fabricants :

1° *Toutes les industries qui produisent ou qui emploient des matières explosibles ;*

2° *Les industries, entreprises et travaux désignés ci-après, pour autant qu'ils ne tombent pas déjà sous le chiffre 1 ci-dessus, lorsque les patrons occupent, pendant le temps du travail, plus de cinq ouvriers, en moyenne :*

a) *L'industrie du bâtiment, y compris tous les travaux qui s'exécutent en corrélation avec elle, qu'ils s'exécutent dans des ateliers, dans des chantiers, sur le bâtiment ou même pendant le transport ;*

b) *Le voiturage par terre et par eau et le flottage ; sous réserve des art. 4, 6 et 7, la présente loi n'est pas applicable à la navigation à vapeur* (voir loi fédérale du 1er Juillet 1875).

c) *La pose et la réparation des fils téléphoniques et télégraphiques, le montage et le démontage des machines et l'exécution d'installations de nature technique ;*

d) *La construction de chemins de fer, tunnels, ponts, routes et travaux hydrauliques, le creusage de puits et galeries, les travaux de canalisation, ainsi que l'exploitation de carrières et de mines* (art. 1 de la loi de 1887).

La responsabilité est encourue, dans les cas de l'art. 1, chif. 1 et 2, par le *chef de l'établissement*, et, dans ceux du chif. 2, litt. *c* et *d*, par l'*entrepreneur des travaux*, alors même qu'il aurait chargé un tiers de les exécuter. Si quelques-uns des travaux énumérés en l'art. 1 sont exécutés en *régie*, la responsabilité incombe à l'*administration* de l'Etat, du district, de la commune ou de la corporation qui les fait exécuter, pourvu toutefois qu'elle emploie simultanément plus de cinq ouvriers à ces ouvrages. Mais la loi du 1er Juillet 1875 continue à s'appliquer aux accidents survenus pendant la construction de chemins de fer (art. 2), quant à la responsabilité de l'entreprise concessionnée ou des chemins de fer fédéraux.

3° *Les travaux ou services qui sont en corrélation* (même indirecte, — *mittelbarer Zusammenhang* du texte allemand) *avec l'exploitation de la fabrique, alors même qu'ils ne s'exécuteraient pas dans les locaux fermés de la fabrique* (art. 3) ;

4° *Les travaux accessoires ou auxiliaires qui, sans être compris sous la désignation « exploitation » dans l'art. 2 de la loi du 1er Juillet 1875 et dans l'art. 2 de celle du 25 Juin 1881, sont en rapport avec l'exploitation* (art. 4).

Il est interdit d'exclure ou de restreindre d'avance la responsabilité civile, telle qu'elle est réglée par la loi ; toute convention contraire est *nulle*. Le fabricant a, au surplus, un *recours* contre-

les personnes dont la faute a entraîné sa responsabilité. Nous avons vu qu'il peut se *libérer* seulement, en prouvant :

1° La *force majeure*[1], soit, pour adopter une définition du Tribunal fédéral, « non pas toute circonstance fortuite, mais un événement plus particulièrement produit par une force extérieure (foudre, feu, etc.), dont l'arrivée et les suites dommageables n'aient pu, malgré le plus grand soin, être ni prévues, ni détournées, ni évitées ». Il ne peut, au reste, être question de force majeure, au sens des lois sur la responsabilité civile, lorsqu'il s'agit précisément d'accidents causés par le fait de l'exploitation régulière d'une industrie soumise à ces lois, par les risques normaux qui en sont inséparables et qui apparaissent comme la conséquence immédiate de son exploitation (ainsi des ouvriers employés à l'entretien d'une route de montagne, sont tués par une avalanche)[2]. M. Exner, dans son traité *De la force majeure*, a donné comme exemples de *vis major :* le vol exercé par des bandes de malfaiteurs, les dommages causés dans des révolutions ou des guerres, le « fait du prince » (destructions, en cas d'épidémies, de sinistres, etc.), des phénomènes naturels, tels que foudre, ouragan, tremblement de terre, cyclone, inondation, invasion d'insectes, etc. ; et comme exemples de *cas fortuits :* le vol simple, l'effraction, l'agression sur une grand'route, les actes irréfléchis ou délictueux d'enfants, d'ivrognes, de malfaiteurs, les affaissements de terrain causés par le travail des eaux, la pluie, le froid, le gel, les crues d'eau annuelles, etc.

2° Des *actes criminels ou délictueux imputables à d'autres personnes.*

3° La *propre faute de la victime*, quand cette faute a été la *seule* cause du préjudice; il importe peu qu'elle constitue une simple négligence, ou qu'elle implique un dol ou une négligence grave. La responsabilité du fabricant sera, d'autre part, *équitablement réduite*, s'il y a eu *faute partielle* de la victime, ou si les suites de l'accident ont été aggravées à raison de blessures antérieurement reçues, de santé affaiblie, etc.

L'*indemnité* est fixée par le juge « en considération de l'ensemble des circonstances de la cause » ; *elle ne pourra dépasser en capital six fois le montant du salaire annuel de l'employé ou de l'ouvrier, ni excéder la somme de six mille francs*[3]. Les frais du traitement médical, d'entretien et d'inhumation ne sont pas compris

[1] Sur la *force majeure*, consulter *R. j.* XIV, 353 et s.

[2] *A. T. F.* XVI, 411.

[3] *J. d. T.* XL, 408 et s. (arrêt du T. F. du 28 Mai 1892) : Le maximum légal doit être réduit si l'accident est le résultat d'un *cas fortuit ;* mais cette réduction est d'autant moins forte que le préjudice réel causé excède davantage le maximum légal.

dans ce maximum, qui cesse d'ailleurs de lier les tribunaux, lorsque l'accident est dû à un acte délictueux du fabricant. Les dommages et intérêts seront alloués sous la forme d'un *capital*, à moins que tous les intéressés ne soient d'accord pour un autre mode de paiement; sont réservées les déductions prévues par l'art. 9 de la loi de 1881, si la victime était assurée contre les accidents ou les maladies et si l'employeur avait contribué à l'acquittement des primes ou cotisations. Ajoutons que l'autorité judiciaire peut décider qu'une revision du jugement interviendra, s'il est impossible, à la date où il est rendu, d'apprécier, d'une manière exacte, toutes les conséquences de l'accident; mais cette revision ne saurait plus avoir lieu que dans l'année à compter du jugement (art. 13).

Les créances des personnes ayant droit à une indemnité contre celui qui est tenu de la payer sont *incessibles* et *insaisissables;* le droit à l'indemnité et les fonds en provenant ne peuvent pas non plus être saisis et ils n'entrent pas, en cas de faillite, dans la masse à liquider (art. 7).

L'action en responsabilité se prescrit par *un an*, à compter du jour de l'accident ou du jour où la maladie a été constatée officiellement comme affection spéciale engendrée par l'exploitation industrielle (art. 12); en outre, la loi de 1887 impose aux industriels soumis à la responsabilité civile l'obligation de déclarer les accidents de quelque gravité survenus dans leur exploitation et l'art. 8 *in fine* porte, « qu'en cas de déclaration tardive, la prescription n'expire que *trois mois* après la réception de la déclaration. »

94 *bis*. Une loi fédérale récente, du 24 juin 1902, concernant les *installations électriques* à fort et à faible courant, a également consacré les principes de la responsabilité causale dans ses art. 27 et s., la responsabilité étant exclue, en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, à condition que l'entreprise établisse que l'accident est dû « soit à une force majeure, soit à la faute ou à la négligence de tiers, soit enfin à la faute lourde de celui qui a été tué ou blessé ». La même responsabilité existe pour le dommage occasionné aux choses, sauf toutefois « les perturbations de l'exploitation ». Les indemnités à raison du préjudice provenant d'un incendie causé par l'exploitation sont réglées en conformité des art. 50 et s. C. O.

CHAPITRE III

Des obligations résultant d'un enrichissement illégitime.

SECTION PREMIÈRE

Dispositions générales.

95. Notre loi s'occupe ici non point de tous les *quasi-contrats*, qui sont des faits volontaires (et licites) de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers et quelquefois un engagement réciproque des deux parties. Elle ne traite que des conditions, entre autres, de la *réception sans cause* et de la *répétition de l'indû*, renvoyant plus loin les règles qu'elle édicte à propos d'autres quasi-contrats, tels que la gestion d'affaires (art. 469 et s.).

96. *Celui qui*, dit l'art. 70[1], *sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution* ; cfr. art. 86, 187 L. P. Il y a enrichissement illégitime, d'après notre Code, non seulement quand on a reçu, mais encore lorsqu'on est libéré, sans cause légitime, d'une obligation par le fait d'autrui. Les mots « sans cause légitime » s'entendent de l'absence d'une cause ayant sa source dans la loi ou le contrat, de l'absence d'une juste cause (cfr. cependant art. 72 al. 2 et 75). Toutes les fois qu'on s'est enrichi au détriment d'un tiers, sans y avoir droit, sans pouvoir prétendre que cet enrichissement provient d'une obligation exécutée, d'une libéralité faite, etc., on peut être actionné en restitution. Mais celui, par exemple, qui achète ou qui loue la chose d'autrui pour un prix même dérisoire ne tombe pas sous le coup des art. 70 et s., car il ne s'est pas enrichi sans droit, « sans cause légitime », puisque les conventions sont libres et que le Code fédéral ne prend pas la lésion en considération. De même, le débiteur qui s'est exécuté, en négligeant d'opposer la compensation, n'est pas fondé à se prévaloir des articles précités puisqu'il n'a pas payé un indû, mais un dû, la compensation ne

[1] *Haberstich*, I, 188 et s. *Jacottet*, 54 et s. *Schneider et Fick*, 192 et s. *Hafner*, 22 et s. *Motire*, II, 829 et s. *Brüstlein et Rambert*, 98 et s. *Reichel*, 94 et s. *A. T. F.* XVII, 665, XXI, 1172, XXIX[2], 716 et s. *(effets de complaisance)*.

s'opérant que si elle est invoquée. En revanche, le principe des art. 70 et s. autoriserait à résister à une action dérivant d'un engagement dont l'exécution obligerait à payer sans cause légitime[1].

La restitution comprend le gain réalisé par le défendeur, non la perte éprouvée par le demandeur; en principe, elle ne s'étend qu'à la valeur de l'enrichissement à l'époque de l'introduction de la demande; mais, ainsi que cela a été reconnu[2], il n'est pas nécessaire que le demandeur pose en fait que sa partie adverse est encore enrichie au moment où la restitution est réclamée, et il peut attendre de voir si le défendeur allègue qu'il ne s'est point enrichi (consulter, en outre, ci-après nº 100). Il faut, au surplus, que celui qui actionne en vertu des art. 71 ou 72 établisse tout ensemble qu'il se trouve dans les conditions spéciales prévues par ces articles et dans les conditions générales de l'art. 70; s'il s'appuie sur la circonstance qu'il a payé ou donné par erreur, il n'y a pas lieu de distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, moyennant qu'il y ait enrichissement illégitime de l'autre partie.

Remarquons encore que l'art. 70 détermine les éléments des condictions, qu'elles reposent sur un enrichissement frauduleux ou sur un enrichissement qui, sans être frauduleux, est dépourvu de cause légitime. Les art. 71 et 72 visent deux cas particuliers, sur lesquels nous reviendrons en détail; mais il n'est pas douteux, qu'au vu des termes très étendus de l'art. 70, le législateur ait pu juger inutile de mentionner expressément diverses condictions qui rentrent sans contredit dans le cadre de la disposition légale ci-dessus, à savoir: la *condictio ob injustam causam*, la *condictio ob turpem causam* et la *condictio furtiva*. La mesure de la restitution se règle, dans ces cas, selon les art. 73 et 74.

SECTION DEUXIÈME

Dispositions spéciales.

§ 1. *De la réception sans cause.*

97. *On est tenu en particulier*, porte l'art. 71[3], *de restituer ce qu'on a reçu sans cause, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou en vertu d'une cause qui a cessé d'exister.* Exami-

[1] *A. T. F.* XX, 211 et s.; cfr. *ibid.* XXI, 1172 et s.
[2] *Zeitschrift des bern. J. V.* XXIII, 140 et s. cfr. *A. T. F.*, XIX, 304, 816.
[3] *A. T. F.* XVII, 326, XX, 211, XXI, 1202.

nons ces trois hypothèses de plus près; elles supposent toutes d'ailleurs l'existence d'un enrichissement illégitime. Il y a donc lieu à restitution :

1° Quand on a reçu sans *cause;* ce cas se confond avec celui de l'art. 70, car il embrasse en définitive toutes les espèces de condictions ;

2° Quand on a reçu en vertu d'une *cause qui ne s'est pas réalisée*[1]; celui qui est autorisé à répéter a donné en vue d'un résultat qui ne s'est pas produit, ou sous une condition qui vient à défaillir; quoique la question soit controversée en droit commun, la preuve de la *causa non secuta*, de la non-arrivée du résultat ou de l'inaccomplissement de la condition, est, selon nous, à la charge du demandeur, parce qu'elle a trait au fondement même de son action. Des exemples rentrant dans l'éventualité de la *condictio causa data causa non secuta*, sont ceux: de cadeaux échangés entre fiancés lorsque le mariage ne s'ensuit pas, d'une somme remise à X. pour acheter un cheval que X. n'achète pas, etc.;

3° Quand on a reçu en vertu d'une *cause qui a cessé d'exister*. Ainsi l'une des parties a livré, à raison d'un contrat qui est uniquement obligatoire pour elle et qui plus tard est rescindé, elle peut répéter ce dont son co-contractant s'est illégitimement enrichi. Ou bien, pour prendre un cas concret, un commodataire qui croit avoir perdu la chose formant l'objet du commodat en rembourserait la valeur et trouverait ensuite la chose entre les mains du commodant.

En ce qui concerne l'étendue de la restitution, voir art. 73 et 74.

§ 2. *De la répétition de l'indû.*

98. La répétition de l'indû, la *condictio indebiti*, n'est que l'une des diverses formes de l'action réglée en termes généraux par l'art. 70. Sous réserve de l'art. 86 L. P.[2], d'après lequel la répétition de ce qui a été payé indûment en cours de *poursuites*, doit se faire dans l'année (au lieu des dix ans de l'art. 146 C. O.) et n'est soumise à aucune autre condition de preuve que celle relative au fait que la somme versée n'était pas due, le demandeur doit établir: 1° l'enrichissement de sa partie adverse; 2° le fait qu'il a payé; 3° la circonstance que son paiement était indû; 4° son erreur (art. 70, 72). Voici, du reste, le texte de l'art. 72: *Celui qui a payé volon-*

[1] *A. T. F.* XVII, 328.

[2] Bien entendu, on ne pourrait invoquer, du chef d'un paiement opéré en cours de poursuites, les art. 70 et s., après expiration du délai d'un an de l'art. 86 L. P., qui, du reste, déroge à l'art. 72 al. 2 (*J. d. T.* XLIII, 645, XLV, 641).

tairement (cfr. art. 27 C. O. et art. 96 L. P.) *ce qu'il ne devait pas, ne peut le répéter qu'à charge de prouver qu'il a payé parce que, par erreur, il se croyait débiteur*[1] (al. 1). Il faut donc non seulement un *paiement indû*, mais opéré *volontairement* et *par erreur*, erreur de droit ou de fait, peu importe, excusable ou inexcusable; il n'est pas nécessaire, en effet, que la loi vienne en aide à celui qui a payé sciemment la dette d'autrui *(volenti non fit injuria)*, à la suite d'une transaction, par exemple[2]. Le mot « payé » ne doit, bien entendu, pas être pris ici dans un sens restreint; il signifie toute prestation quelconque[3]. Les cas suivants peuvent se présenter :

1° X. exécute une obligation absolument inexistante;

2° X. exécute une obligation existante envers un autre que le véritable créancier;

3° X. exécute une obligation existante, dont il se croyait tenu par erreur et dont il n'est pas le débiteur. Ici l'art. 1377 al. 2 du C. civ. fr. prescrivait : « Néanmoins, ce droit (de répéter) cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur ». Notre Code ne connaît pas et a même repoussé cette exception, fort équitable envers les créanciers de bonne foi ; ceux-ci n'auront qu'un droit de recours en application des art. 50 et s. contre l'auteur du paiement indû, si la destruction du titre ne permet plus de poursuivre utilement le véritable débiteur, mais ils sont exposés à l'action en restitution. La situation est la même pour celui qui ayant reçu indûment, même de bonne foi, aurait laissé prescrire sa créance ou renoncé aux intérêts qui y étaient attachés;

4° X. exécute au delà de son obligation, paie, par exemple, une facture exagérée[4].

L'art. 72 al. 2 ajoute : *On ne peut répéter ce qu'on a payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral.* Lorsqu'il s'agit non d'un paiement proprement dit, mais d'une autre prestation qui suppose l'existence de la dette, comme un cautionnement par exemple, cette prestation volontaire en exécution d'une dette prescrite ne peut être annulée pour cause d'erreur de droit[5]. Les obligations visées à l'art. 72 al. 2, sont les *obligations naturelles*, qui n'engendrent pas d'action civile contre le débiteur;

[1] *A. T. F.* XV, 845, XIX, 524, XXII, 1238, XXIII, 688 (« la cause de l'enrichissement de D. se trouverait dans la volonté — quel qu'en ait été le mobile — du demandeur L., et cette cause ne présente rien d'illégitime en elle-même »), XXV², 869 et s.

[2] *A. T. F.* XX, 1181 et s.

[3] *R. j. f.* XII, 76; *Hafner*, ad. art. 72.

[4] *Sem. jud.* 1894, 40.

[5] *A. T. F.* XIV, 294.

néanmoins, une fois exécutées, elles ne donnent pas lieu à répétition. Notre loi mentionne comme telles les *dettes prescrites*[1], et, en outre, non pas toutes les autres obligations naturelles, mais celles-là seulement qui supposent l'accomplissement d'un « devoir moral » (cfr. art. 514, 515 al. 2), comme des prestations alimentaires envers des parents qui, n'y pouvant prétendre *de lege*, y auraient droit cependant d'après les principes de la morale, etc. Mais on chercherait en vain dans le C. O. une disposition aux termes de laquelle une promesse n'engendrant en soi aucune action civile y donnerait exceptionnellement ouverture, alors qu'elle aurait été faite dans le but d'éteindre une obligation naturelle[2] (voir, en outre, n° 18).

99. Conformément au droit romain, mais en contradiction avec la jurisprudence française, l'art. 75 dispose : *Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné* — c'est-à-dire *remis*, car le mot « donné » n'implique pas nécessairement l'idée d'un salaire, d'un prix de l'acte répréhensible — *en vue d'atteindre un but illicite ou immoral*. Un contrat est conclu en vue de la contrebande, les marchandises sont livrées au contrebandier ; celui-ci ne saurait être tenu de les rendre et ne pourrait être poursuivi qu'au pénal. Ou encore, A. verse 1000 fr. à B. pour que ce dernier le débarrasse d'un ennemi ; B. garde la somme sans exécuter les ordres de A., il n'est pas obligé non plus de restituer, toute plainte au pénal demeurant réservée. En revanche, l'employé qui se serait engagé, contre remise d'une somme d'argent, *à ne pas faire concurrence* à son patron, serait tenu de lui restituer le montant reçu, s'il contrevenait à son engagement qui n'a en soi rien d'illicite ou d'immoral. Ajoutons que, dans les termes de notre texte, le but d'un acte n'est pas seulement immoral lorsque, d'une manière objective, il est contraire aux mœurs ; l'accomplissement d'un acte licite en soi peut impliquer un but immoral, — ce qui serait le cas, par exemple, de la récompense promise à un fonctionnaire pour qu'il fasse son devoir, ou d'un avantage pécuniaire concédé à l'un des conjoints par l'autre pour obtenir que celui-ci consentît à un divorce, qui, d'ailleurs, lui répugnerait et qu'il n'a point provoqué[3].

L'art. 75 sanctionnera souvent des iniquités[4] ; il est vrai que la loi n'a pas à protéger ceux qui ne pourraient l'invoquer qu'en alléguant leur propre turpitude (pour le cas d'*usure*, c'est le droit cantonal qui fait règle, art. 83, al. 2 C. O.).

[1] Les dettes éteintes par suite d'une *déchéance* ne sont point visées par l'art. 72 al. 2; cfr. art. 502 et 813, al. 2.

[2] *A. T. F.* XIX, 165.

[3] *A. T. F.* XIX, 155, XX, 607.

[4] Cfr. *Motive* II, 849, et § 747 du Projet de Code civ. allem. qui admet la répétition (de même, art. 817 C. civ. al.).

SECTION TROISIÈME

Effets de l'action en restitution dans les cas des art. 70 et s.

100. En droit français, la restitution se fait par équivalent (avec ou sans les intérêts et les fruits, suivant que l'*accipiens* a été de bonne ou de mauvaise foi), lorsque ce qui a été indûment reçu consiste en argent ou en autres choses fongibles ; elle a lieu en nature, si la chose indûment reçue est un corps certain et si elle existe encore entre les mains de l'obligé à restitution. Notre Code n'est pas aussi large, et, comme l'enrichissement illégitime est la condition *sine qua non* des actions basées sur les art. 70 et s., il dispose à l'art. 73 : *Celui qui a reçu ce qui ne lui est pas dû n'est tenu de restituer que la part de profit qui existe encore entre ses mains* (ou mieux : « que ce dont il est encore enrichi lors de... » ; voir texte allemand) *lors de la répétition ou dont il s'est dessaisi de mauvaise foi* (al. 1). Le texte allemand dit en termes généraux et pour tous les cas : *Die Rückerstattung kann nur insoweit gefordert werden...* (« la *restitution* ne peut être exigée que jusqu'à concurrence de la part de profit, » etc.), ce qui montre bien que l'art. 73 s'applique à toutes les condictions et non seulement à la *condictio indebiti*, comme pourrait le faire croire le texte français. L'art. 74 et le mot « restitution » indiquent que le demandeur aura la faculté de réclamer en nature la chose indûment reçue, s'il s'agit d'un corps certain non aliéné par l'*accipiens;* il a sans doute le choix à cet égard. Dans les autres circonstances, la restitution s'opérera en argent, et même, dans l'éventualité de l'art. 73 *in fine*, l'action sera une véritable action en dommages et intérêts (art. 50 et s.). La restitution n'embrasse, sauf l'art. 73 *in fine*, pas tout le préjudice advenu au demandeur ; elle ne porte que sur l'enrichissement illégitime de l'autre partie *à l'époque où elle est réclamée en justice*, ensorte que si, à ce moment, et sans qu'il y ait eu fraude de l'*accipiens*, il n'y a plus d'enrichissement, le droit de répéter tombe par le fait même. Le défendeur de bonne foi se libère donc en rendant le profit ou l'équivalent du profit qu'il a « encore entre ses mains » ; si, étant de bonne foi au début, il s'est ensuite dessaisi frauduleusement du profit réalisé, il ne doit que ce dont il se serait enrichi dans l'hypothèse où le dessaisissement n'aurait pas eu lieu.

Il semble que, dans les cas de répétition de l'indû notamment, le législateur ait sacrifié à tort les intérêts du demandeur à ceux de l'*accipiens*, qui aura, la plupart du temps, à se reprocher de la né-

gligence ou de la mauvaise foi, puisqu'enfin on sait à l'ordinaire ce qu'on est en droit de recevoir et de qui on est en droit de l'attendre. Et puis, la *preuve* sera singulièrement difficile pour celui qui actionne en répétition. Comment établir qu'il existe encore une part de profit entre les mains de l'*accipiens?* Selon nous, il faut présumer l'enrichissement de celui qui a reçu sans cause légitime, dès que la chose reçue aura de la valeur, et c'est à l'*accipiens* qu'il incombera de justifier qu'il ne possède plus, ou plus qu'en partie, le profit qu'il a dû faire à l'origine [1].

On a assimilé, au point de vue de l'étendue de la restitution, les deux cas, pourtant bien différents, des art. 33 al. 2, et 70 et s. La raison de cette assimilation n'est pas aisée à découvrir; toujours est-il que, d'après les textes, d'après le texte allemand en particulier, l'*accipiens* n'est tenu que de ce dont « il est encore enrichi »— *noch bereichert ist,*— qu'il ait dépensé le surplus en prodigue ou en bon père de famille, pourvu qu'il ne s'en soit pas « dessaisi de mauvaise foi. » Cette solution est peu équitable ; on ne saurait en atténuer les effets qu'en tranchant, comme nous venons de le faire, la question de la preuve.

L'art. 73 al. 2 nous enseigne, d'autre part, que : *Il* (l'*accipiens*) *doit restitution pleine et entière* [2], *s'il était déjà de mauvaise foi lorsqu'il a reçu,* — que la chose reçue ait ou non tourné à son profit, qu'il soit encore ou ne soit plus enrichi au moment où l'action est introduite. Pour le cas de la *mala fides superveniens*, voir ci-dessus.

101. La restitution pouvant être exigée *en nature*, si la chose indûment reçue était un corps certain, le législateur a dû se préoccuper des changements survenus à cette chose par le fait de l'*accipiens*. Celui-ci peut avoir fait, en vue de la conservation, de l'amélioration ou de l'embellissement de la chose, des dépenses *nécessaires*, c'est-à-dire qu'on ne pouvait différer, ou *utiles*, c'est-à-dire que la prévoyance ou l'intérêt commandait, ou *voluptuaires*, c'est-à-dire de pur agrément. L'art. 74 prescrit dès lors : *De son côté, il* (l'*accipiens*) *a droit au remboursement de ses impenses nécessaires ou utiles* (s'il a été de bonne foi au début). *Néanmoins, s'il était déjà de mauvaise foi lors de la réception, les impenses utiles ne lui sont remboursées que jusqu'à concurrence de la plus value existant encore au moment de la restitution* (al. 1). Il en sera sans doute de même pour les impenses utiles faites, en cas de *mala fides superveniens*, depuis la mauvaise foi, quoique la loi ne parle point de cette éventualité. *Quant aux simples embel-*

[1] Cfr. *A. T. F.* XIX, 304 (effleure la question sans la résoudre nettement); voir cependant, *ibid.*, XXIII, 1646 et s., XXVII², 106 *(onus probandi)*.

[2] Intérêts y compris (*A. T. F.* XXII, 497).

lissements, il a la faculté de les enlever, s'il peut le faire sans endommager la chose et si le demandeur en restitution ne préfère pas lui en rembourser la valeur (al. 2).

En ce qui a trait aux *détériorations* résultant d'un cas fortuit, ou même de la faute de l'*accipiens*, celui-ci n'en est responsable, dans le cas d'une restitution en nature, que s'il était de mauvaise foi dès le début ou lorsqu'elles se sont produites (art. 73 al. 1 *in fine*, et al. 2) ; l'*accipiens* de bonne foi, qui tient pour sienne la chose indûment reçue, peut en disposer comme il l'entend et même la détériorer.

Nous avons admis que l'art. 74 s'appliquait exclusivement, comme il est rationnel, aux restitutions en nature ; dans les autres hypothèses, on prendra en considération l'enrichissement effectif de l'*accipiens* et l'on ne voit pas en quoi la question des impenses le concernerait.

102. L'action dérivant des art. 70 et s. se prescrit par *dix ans* (cfr. toutefois art. 86 L. P., qui réduit la durée de cette action à *un an* dans les cas prévus par le dit texte).

CHAPITRE IV

Des obligations résultant d'autres causes.

103. L'art. 76 n'indique pas nettement la *loi* comme une des causes générales des obligations ; il se borne à statuer : *Les obligations qui ont leur source dans les rapports de famille* [1] *ou de succession, ou qui se fondent sur les principes de droit public* (cfr. art. 64 al. 1, 349, loi féd. sur l'expropriation du 1er Mai 1850, etc.) *sont régies, quant à leur formation, par le droit cantonal ou par les dispositions spéciales du droit fédéral*. Quant à leur *formation*, dit notre texte. Et quant à leurs *effets* et à leur *extinction ?*

[1] *A. T. F.* XV, 432, XIX, 158, 399 (il a été reconnu qu'une action en dommages et intérêts fondée sur la rupture non motivée de fiançailles, est du domaine du droit de famille, en tant que la rupture ne constitue pas un acte illicite) ; *ibid.* XIV, 121 (une action en dommages et intérêts dirigée contre l'auteur d'une grossesse illégitime, et fondée uniquement sur le fait de la grossesse, rentre également dans le droit de famille) ; XVII, 103 (indemnités d'expropriation), XVIII, 790 (conventions matrimoniales) ; *J. d. T.* LII, 157 et s., arrêt du T. F., du 16 Juin 1903 (idem, pour contrat relatif à une succession, même passé entre non héritiers), etc.

Le droit cantonal, ou le droit spécial de la Confédération, leur est également applicable[1], car le C. O. ne traite, sous notre titre, que de la « formation des obligations » et il n'avait de réserves à faire que sur ce point; il aurait même pu se dispenser de les faire et observer le même silence que dans les titres suivants, où il n'a pas établi de nouvelles réserves quant aux effets et à l'extinction des obligations visées par l'art. 76 (cfr. art. 64 Const. féd.). Constatons entre autres, que la « formation », les « effets » et l'extinction des obligations hypothécaires, pour n'être pas spécialement réservés, n'en sont pas moins soumis incontestablement à la législation cantonale. Ainsi que l'a exposé le Tribunal fédéral, à propos d'une convention de mariage, « cet acte est entièrement régi par le droit cantonal et les dispositions générales du C. O., en tant que droit fédéral, ne lui sont absolument pas applicables[2]. » Et il en va pareillement de toutes les obligations soustraites expressément ou tacitement à l'empire de notre loi.

---

[1] *R. j. f.* V, 5, VI, 141, VII, 121, *A. T. F.* XXVI², 539 et s.
[2] *R. j. f.* IX, 3, *A. T. F.* XVIII, 790; voir note précédente.

TITRE DEUXIÈME

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS

104. L'obligation met le débiteur dans la nécessité juridique d'exécuter les engagements par lui assumés. Le créancier peut le contraindre à se libérer, en usant des moyens de coercition légaux; la loi l'autorise même, sauf les cas dans lesquels l'exécution suppose le fait personnel du débiteur, à réclamer l'accomplissement direct du *facere*, ou la suppression du *non facere* qui forme l'objet de l'obligation.

Mais nous n'avons à traiter, ici, que des effets généraux de la principale forme des obligations : le *contrat*, — effets qui sont déterminés d'ailleurs par la loi du lieu à l'empire de laquelle les parties les ont soumis expressément ou tacitement (voir n° 15).

Ainsi que l'exprime l'art. 1134 al. 1 C. civ. fr., « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Elles produisent des obligations à la charge des deux parties si le contrat est synallagmatique, à la charge d'une seule s'il est unilatéral; elles peuvent tendre simplement à modifier ou éteindre des obligations préexistantes, à opérer un transfert de propriété ou la constitution d'un droit réel. Elles ne sont révocables que du consentement mutuel des parties ou pour les causes autorisées par la loi. Leur résolution n'a d'effet que pour l'avenir, en principe, et les droits acquis à des tiers ne sauraient être atteints par un arrangement aux termes duquel les intéressés chercheraient à anéantir le contrat aussi pour le passé. Nous verrons plus loin que certaines conventions, le mandat, le bail, la société, prennent fin soit absolument, soit relativement, par la seule volonté de l'une ou de l'autre des parties.

On peut sans doute considérer comme applicables les règles suivantes du droit français : « Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi... Elles obligent non seulement à ce qui est

exprimé, mais à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1134 *in fine* et art. 1135 C. civ. fr.).

En résumé, l'effet essentiel des obligations, et plus spécialement des conventions, est, pour le créancier, le droit d'exiger, et, pour le débiteur, le devoir de procurer l'exécution de l'obligation, — le *paiement*, dans le sens général que donnent à ce mot les art. 77 et s.

CHAPITRE PREMIER

De l'exécution des obligations.

SECTION PREMIÈRE

Principes généraux. — Lieu et époque de l'exécution.

§ 1. *Principes généraux.*

105. *Par qui le paiement doit-il ou peut-il être fait?* En principe, le paiement peut être valablement opéré soit par le débiteur, soit par toute autre personne intéressée (cfr. art. 509) ou non; et, toujours en principe, le créancier n'est pas autorisé à le refuser, quelle que soit la personne qui paie, la loi présumant qu'il lui est indifférent que l'exécution de l'obligation provienne de celui-ci ou de celui-là, pourvu qu'elle ait lieu. Il y a cependant une importante exception à cette dernière règle. *Le débiteur*, nous dit l'art. 77[1], *n'est tenu d'exécuter l'obligation lui-même que dans le cas où le créancier a intérêt à ce qu'elle ne soit pas exécutée par une autre personne.* L'exception qui découle de ce texte se rapporte à la plupart des *obligations de faire*, où l'on prend ordinairement en considération les aptitudes ou les qualités personnelles du débiteur, talent, caractère, etc. Si je dois me déclarer satisfait de ce qu'une créance qui m'est due par X. me soit remboursée par sa caution ou même par tout autre tiers, je puis exiger qu'un tableau commandé au peintre Z. soit fait par lui et non par tel autre artiste qu'il lui plairait de se substituer. Il est bien des cas néanmoins, où même des obligations de faire peuvent être exécutées par d'autres que le

[1] *A. T. F.* XXIII, 1799 et s.

débiteur; ainsi importe-t-il peu qu'un gros ouvrage soit fait par X. ou par Y., que ce soit le commissionnaire X. qui porte une lettre à destination au lieu d'Y. que j'avais chargé de ce soin, etc.

Lorsque le paiement est effectué par un tiers obligatoirement pour le créancier, le débiteur se trouve libéré *même contre son gré*. On comprend aisément que le débiteur doive accepter sa libération, même quand le paiement aurait eu lieu à son insu ou contre sa volonté, puisque le créancier est libre de céder ses droits à qui bon lui semble. Le tiers-payant n'est toutefois subrogé aux droits du créancier que s'il est au bénéfice de l'art. 126, ou d'une cession.

Le Code Napoléon requiert certaines conditions dans la personne de celui qui paie, pour que le paiement soit valable. Il faut :

1° *Que celui qui paie soit propriétaire de la chose donnée en paiement*, qu'il soit en droit d'en transférer la propriété. Cette condition s'entend de soi, lorsqu'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble incorporel autre que les titres au porteur, ou même d'un meuble corporel à l'égard duquel le créancier ne pourrait pas invoquer l'art. 205 C. O., mais non point lorsqu'il s'agira d'argent comptant, de titres au porteur ou de meubles corporels protégés par la règle « en fait de meubles, possession vaut titre », qu'a consacrée notre loi. Il est évident, au surplus, que le créancier peut refuser ou faire annuler le paiement offert dans des circonstances telles qu'il serait ou qu'il a été exposé, soit à l'action en revendication du véritable propriétaire, soit à toute autre action. Et il n'est pas douteux que si le créancier est dépossédé de la chose qui lui a été donnée en paiement *a non domino*, il peut invoquer la nullité du paiement et le réclamer à nouveau. Mais si la chose périt par cas fortuit entre ses mains? La perte est alors pour lui, et il ne pourra plus exiger que l'obligation soit accomplie une seconde fois.

2° *Que celui qui paie soit capable d'aliéner*, de disposer de la chose qui fait l'objet du paiement. L'absence de cette condition permettra de répéter le paiement en conformité des art. 29 et s. C. O. La chose périt d'ailleurs ici pour le créancier; si elle a été consommée par ce dernier, et, à moins qu'elle n'ait le caractère d'une chose fongible, toute répétition est exclue.

106. *A qui le paiement peut-il être fait et qui peut l'exiger?* Le paiement doit être fait au créancier, à son mandataire conventionnel, légal ou judiciaire, à son cessionnaire, à son héritier, etc. Le créancier lui-même doit avoir l'exercice des droits civils, pour que le débiteur puisse se libérer valablement entre ses mains, sauf naturellement s'il s'agit de créances résultant, pour un incapable, de l'exercice d'une profession ou d'une industrie (art. 34 et 35). Le paiement fait à un créancier incapable est nul et peut obliger le débiteur à payer deux fois, à moins sans doute que celui-ci ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier (il n'au-

rait à effectuer le second paiement que sous déduction du profit constaté; cfr. art. 70 et s.). Le débiteur qui s'acquitte entre les mains d'un faux mandataire pourra aussi être forcé de payer deux fois. Quant aux pouvoirs du mandataire, il est indifférent qu'ils soient généraux ou spéciaux : un mandataire général pourra donc recevoir le paiement d'une créance, le fait de recevoir constituant un acte d'administration (cfr. art. 429). En revanche, le notaire n'a pas, en cette seule qualité, le droit de toucher pour le compte de ses clients, même si dans une vente il avait été stipulé que le prix serait payable *en l'étude*, une semblable clause ne renfermant pas, du moins d'après la jurisprudence française (C. cas. 22 Nov. 1876), un mandat tacite de toucher par le notaire. Voir en outre art. 36, 38, 39, 41, 44. 128. 170, 184, 409, 429 C. O., et art. 99, 131, 260 L. P.

Le paiement fait à une personne qui n'avait pas le droit de le recevoir est nul, avons-nous dit, toute action pénale réservée, et sauf :

1° Si le créancier ou son représentant le ratifie (cfr. art. 99 L. P.);

2° Si le créancier en a profité; le débiteur a une action déterminée par l'art. 73, ou par analogie de cette disposition légale, et peut compenser jusqu'à due concurrence le montant du profit réalisé par le créancier avec celui du second paiement.

Lorsque l'obligation est indivisible, porte l'art. 79, *et qu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, chacun des créanciers peut en exiger l'exécution pour le tout, et chacun des débiteurs est tenu de l'acquitter pour le tout* (al. 1). L'obligation *indivisible* est celle dont l'objet n'est susceptible ni d'une division matérielle ni d'une division intellectuelle, que son indivisibilité soit au reste fondée sur le contrat, sur la loi, ou sur la nature des choses. Ainsi un entrepreneur s'engage à construire une maison envers deux ou trois personnes, son obligation est indivisible et il peut être contraint par une seule d'entre elles à exécuter pour le tout; ainsi encore, les héritiers du débiteur d'un titre actionnent en remise du titre quittancé, l'obligation du créancier envers eux est indivisible. Mais, poursuit notre article, *à moins que le contraire ne résulte des circonstances, le débiteur qui a payé a un recours contre ses codébiteurs pour leurs parts et portions respectives* (cfr. art. 166, al. 1). *Dans cette mesure, il est subrogé aux droits du créancier* (cfr. art. 126, 168, 185). Ajoutons que la perte de l'objet d'une obligation indivisible, par la faute de l'un des débiteurs, sera considérée comme un cas fortuit à l'égard des autres (voir n° 299).

Si — art. 80 — *l'obligation indivisible se convertit en une obligation divisible, par exemple si elle se résout en dommages et intérêts* (cfr. art. 110 et s.), *chacun des créanciers n'a d'action et*

chacun des débiteurs n'est tenu que pour sa part et portion (*alias*, art. 163, 170; cfr. 324, 481). Il y a obligation *divisible*, toutes les fois que son objet est susceptible, juridiquement ou physiquement, d'une division soit matérielle, soit intellectuelle. Il a été reconnu, entre autres, qu'il n'y a point d'obligation indivisible dans un bail à loyer d'une maison fait par une société simple comme locataire, la principale astriction du preneur étant le paiement du prix du bail [1]. L'obligation indivisible peut, d'un autre côté, se transformer en obligation divisible par suite du décès du créancier ou du débiteur, du moins en principe et dans les systèmes de droit successoral analogues à celui du C. civ. fr. Pour les obligations *solidaires*, voir les art. 162 et s.

107. *En quoi doit consister le paiement?* Tout d'abord, le créancier ne saurait être contraint de recevoir en paiement une autre chose que celle qui lui est due, alors même que la chose offerte serait d'une valeur plus considérable; mais il a la faculté de l'accepter, et il y a, dans ce cas, une dation en paiement (cfr. art. 97 et s.; voir aussi art. 287, chif. 2, L. P.) qui suppose une novation expresse ou tacite ayant modifié l'objet de la dette.

Quelques hypothèses peuvent se présenter :

1° S'il s'agit de la dette d'un *corps certain*, le débiteur est libéré — car les risques sont ici, sauf les effets de la demeure, à la charge du créancier — par la remise de la chose dans l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu qu'elle n'ait pas été détériorée par son fait ou par sa faute, ou le fait ou la faute de personnes dont il est responsable.

2° *Lorsque la chose due* — art. 81 — *n'est déterminée que par son espèce, le choix appartient au débiteur, à moins que le contraire ne résulte du contrat. Toutefois le débiteur ne peut offrir une chose de qualité inférieure à la moyenne*, — c'est-à-dire qu'il doit offrir une chose de qualité marchande. C'est la volonté des parties qui décidera si l'on est en présence d'un cas de l'art. 81 ou de l'art. 82, ou d'une combinaison de ces deux catégories d'obligations; cfr. art. 252.

3° *Quand l'obligation* — art. 82 [2] — *porte sur plusieurs objets, de telle sorte que le débiteur ne puisse être tenu que de livrer l'un ou l'autre, le choix appartient au débiteur, à moins que le contraire ne résulte du contrat.* Nous avons ici le cas des *obligations alternatives;* le débiteur ne pourrait forcer le créancier à accepter une partie de l'une ou de l'autre des choses à livrer alternativement; il ne pourrait non plus revenir sur son choix, une fois qu'il l'a fait à l'égard du créancier. L'obligation alternative se con-

[1] *A. T. F.* XV, 289.
[2] *A. T. F.* XIX, 930.

vertit en une obligation pure et simple lorsqu'un seul des objets existe encore au moment de l'échéance, les autres ayant péri, même par la faute du débiteur ; si tous les objets entre lesquels le débiteur avait le choix ont péri, sans qu'il fût en demeure, l'obligation est éteinte, mais il devra payer, s'il est en faute, le prix de la chose qui a péri en dernier lieu. Lorsque le choix appartient au *créancier,* nous dirons avec l'art. 1194 du C. civ. fr. : « Ou l'une des choses seulement est périe, et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste ; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe ; ou les deux choses sont péries et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix. » Dans l'éventualité de l'art. 81, c'est le débiteur, dans celle de l'art. 82, le créancier qui individualise par son choix la chose due.

Il n'est pas nécessaire de s'occuper spécialement, sinon pour les définir, des *obligations conjonctives,* qui comprennent diverses prestations dues cumulativement, ni des *obligations facultatives,* qui portent sur une seule prestation, avec faculté laissée au débiteur de se libérer en fournissant une autre prestation.

108. *Comment la chose due doit-elle être payée ?* Le créancier a le droit d'exiger le *paiement intégral* à l'échéance, sauf la dérogation importante consacrée à ce principe, en cours de poursuites, par l'art. 123 L. P. Notre Code ne permet pas même au juge d'autoriser la division du paiement ou d'accorder des délais de grâce, en considération de la position du débiteur ; et son art. 78 (cfr. art. 757) énonce sans restriction la règle suivante : *Le créancier peut refuser un paiement partiel, lorsque la dette est liquide et exigible pour le tout. — Si le créancier veut recevoir un paiement partiel* (en cas, par ex., de contestation sur une partie de la dette), *le débiteur ne peut refuser le paiement de la partie de la dette qu'il reconnaît devoir.* Les intéressés peuvent d'ailleurs convenir que le débiteur se libérera par fractions. Et, dans l'hypothèse de l'art. 78 *in fine,* il faut vraisemblablement admettre que le créancier est tenu d'accepter la partie non contestée de sa créance, ensorte que son refus donnerait au débiteur le droit de consigner. La règle du paiement intégral souffre trois autres exceptions :

1° En cas de compensation entre deux dettes inégales, la plus forte se trouvant éteinte jusqu'à concurrence du montant de la plus faible et le créancier de celle-là étant dès lors dans la même situation que s'il y avait eu paiement partiel ;

2° Dans le cas du bénéfice de division accordé aux cautions simples ;

3° En cours de poursuites (art. 123 L. P.).

D'un autre côté, comme les *intérêts* sont l'accessoire du capital auquel ils s'ajoutent, le débiteur ne peut obliger le créancier à recevoir le principal de la dette sans les intérêts. Le taux de l'intérêt sera fixé de l'une des manières prévues à l'art. 83. Le *débiteur*, dit cet article, *tenu de payer des intérêts dont le taux n'est fixé ni par la convention, ni par la loi, ni par l'usage* (cfr. art. 119, 194, 241, 242, 253, 266 chif. 1, 330, 334, 398, 400, 431, 439, 450, 472, 474, 537, 555, 556, 594, 630 al. 2, 634, 768 et s., 827), *doit les payer sur le pied de cinq pour cent par an* (al. 1). Le droit cantonal peut, au reste, instituer un taux légal de l'intérêt pour les contrats qu'il continue à régir, — ainsi en matière de prêts hypothécaires (cfr. art. 337).

Notre Code ne limite pas le taux de l'intérêt. Mais, sur la proposition de la Commission du Conseil national, l'art. 83 a été complété comme suit : *Il appartient à la législation cantonale d'édicter des dispositions contre les abus en matière d'intérêt conventionnel*[1]. Ceci implique naturellement que les lois cantonales contre l'usure, antérieures au 1er Janvier 1883, continuent à subsister sous l'empire du Code fédéral. Depuis la date précitée, quelques cantons, Zurich, Berne entre autres, ont usé de la faculté inscrite en l'art. 83 al. 2.

Les *frais* du paiement sont, cela va de soi, à la charge du débiteur, sauf convention ou usage contraire.

§ 2. *Lieu du paiement.*

109. A l'ordinaire, le contrat déterminera lui-même le lieu de l'exécution de l'obligation; il fera alors loi sur ce point comme sur les autres. Mais il était nécessaire de prévoir le cas dans lequel les parties n'auraient rien stipulé à cet égard et où le lieu de l'exécution ne résulterait pas déjà de la nature des choses. *Le lieu où l'obligation doit être exécutée*, prescrit l'art. 84, *est déterminé tout d'abord par la volonté expresse ou présumée des parties. S'il y a doute, on observe les règles suivantes* (mais seulement « s'il y a doute ») :

1° *Lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, le paiement s'effectue dans le lieu où le créancier a son domicile*[2] (cfr. art. 3 et 4 loi féd. du 25 Juin 1891) *à l'époque du paiement*. Ceci vise tout particulièrement les paiements de prix de vente, de loyers, etc., les rem-

[1] *A. T. F.* XVII, 661.

[2] Le domicile des sociétés en nom collectif, en commandite, etc., se confond avec leur *siège* (cfr. art. 553, 591, 616 chif. 1, 621, 625, 654 al. 2, 680 chif. 2, 716 chif. 2).

boursements de fonds prêtés, s'il y a doute sur le lieu de l'exécution; pour les effets de commerce, les carnets de caisse d'épargne, c'est, à moins de convention contraire, le domicile du débiteur qui fera règle.

2° *Lorsque l'obligation porte sur une chose déterminée, la délivrance doit être faite dans le lieu où se trouvait la chose au temps du contrat.* J'achète un objet à la foire ou au marché, je dois, sauf convention expresse ou tacite du contraire, l'emporter moi-même.

3° *Toute autre obligation doit être exécutée dans le lieu où le débiteur avait son domicile lorsque l'obligation a pris naissance.*

Le tout, sauf les dispositions de la loi dans certains cas spéciaux (cfr. art. 480, 818).

110. Des considérations d'équité ont fait adopter l'article suivant (85) : *Si l'obligation devant être acquittée au domicile du créancier* (cfr. art. 84, chif. 1), *l'exécution en est notablement aggravée par le fait qu'il a changé de domicile depuis que l'obligation a pris naissance, le paiement peut être valablement effectué en son domicile primitif.* Mais comment, et où? En consignant selon l'art. 107.

§ 3. *Epoque du paiement.*

111. L'époque de l'exécution — l'*échéance* — peut être *déterminée* soit par le *contrat* (elle doit l'être dans les lettres de change et autres titres à ordre, cfr. art. 722 chif. 4, 725, 825 chif. 9, 838, 839, 843), soit par la *nature de l'affaire ;* elle peut aussi être absolument *indéterminée*. Dans le premier cas, on s'en tiendra à la convention; dans le deuxième, on décidera d'après les circonstances; dans le troisième, l'art. 86 dispose : *A défaut de terme stipulé ou résultant de la nature de l'affaire, on peut faire valoir ou exécuter l'obligation immédiatement* (cfr. cependant art. 336). Le débiteur n'est d'ailleurs constitué en demeure, dans ces éventualités, que par l'interpellation du créancier (cfr. art. 117); les conséquences de la demeure du créancier seront exposées à l'article 106.

En ce qui concerne l'échéance déterminée par la « nature de l'affaire », l'exécution peut, toute convention contraire réservée, être réclamée sans délai dans les contrats qui ont un caractère unilatéral prédominant, comme le mandat, le dépôt. Il en est de même dans certains contrats purement synallagmatiques, comme la vente, l'échange, où, en outre, chacune des parties doit exécuter en même temps (cfr. art. 95, 230, 260, 265, 272); dans la plupart des contrats

bilatéraux cependant, comme le bail, le louage de services, le commodat, le prêt, etc. (cfr. art. 286, 307, 321, 329, 340, 363, 385), l'une des parties — bailleur, prêteur — est tenue en principe d'exécuter immédiatement, tandis que l'autre ne peut être recherchée que plus tard aux fins d'exécuter ses obligations. Il faudra, d'autre part, toujours prendre en considération divers éléments de fait, tels que l'importance de la prestation, la situation personnelle des co-contractants. Si je commande un ameublement de salon à un ébéniste, dont je sais qu'il travaille sans ouvriers, et si rien n'a été fixé quant à l'époque de la livraison, je devrai patienter plus longtemps que si je l'avais commandé au maître d'un grand atelier.

Les art. 87 à 93 renferment une série de prescriptions, au sujet de l'échéance qui n'est que *relativement déterminée*.

Le terme — art. 87 — *fixé pour l'exécution au commencement ou à la fin d'un mois, s'entend du premier ou du dernier jour du mois. Le terme fixé au milieu d'un mois s'entend du 15 du dit mois* (cfr. art. 749 al. 2 et 3).

Lorsqu'une obligation — art. 88 — *doit être acquittée à l'expiration d'un certain délai à partir de sa formation, le terme pour le paiement s'entend comme suit :*

1° *Si le délai est fixé par jours, la dette est échue le dernier jour du délai; mais on ne compte pas dans la supputation le jour où le contrat a été fait. Si le délai est de huit ou de quinze jours, on entend par là non pas une ou deux semaines, mais huit ou quinze jours pleins.* X. m'emprunte 100 fr. remboursables à quinze jours; si la date du prêt est le 1er Janvier, celle du paiement sera le 16 même mois, et non point le 15, puisque le *dies a quo* ne compte pas.

2° *Si le délai est fixé par semaines, la dette est échue le jour de la dernière semaine qui, par son nom, correspond au jour de la conclusion du contrat.* X. m'emprunte le lundi 1er Janvier 100 fr. remboursables dans deux semaines; l'échéance tombera sur le lundi 15 du même mois.

3° *Si le délai est fixé par mois ou par un laps de temps comprenant plusieurs mois (année, semestre, trimestre), la dette est échue le jour du dernier mois qui, par son quantième, correspond au jour de la conclusion du contrat* (ou de tout autre *dies a quo* arrêté entre parties); *s'il n'y a pas de jour correspondant dans le dernier mois, l'obligation s'exécute le dernier jour du dit mois. L'expression « demi-mois » équivaut à un délai de quinze jours. Si le délai est d'un ou plusieurs mois et d'un demi-mois, les quinze jours doivent être comptés en dernier* (cfr. art. 751). X. m'emprunte le 1er Janvier 100 fr. payables dans deux mois, la dette est échue le 1er Mars; si le prêt est stipulé remboursable dans un mois et demi, l'échéance sera fixée au 16 Février

(1 mois = 1er Février + un demi-mois, soit 15 jours = 16 Février).

Les mêmes règles — art. 89 — *s'appliquent au cas où le délai court, non du jour de la conclusion du contrat, mais à partir d'une autre époque.*

Si l'échéance — art. 90 — *tombe sur un dimanche ou sur un jour légalement férié* (le droit cantonal étant déterminant) *dans le lieu du paiement, elle est reportée de plein droit, et sauf convention contraire, au premier jour non férié qui suit* (cfr. art. 819). Les jours légalement fériés sont d'ordre religieux ou civil; on considère comme tels, dans tous les cantons, indépendamment de jours fériés particuliers : Vendredi-Saint, Ascension, Noël, le Nouvel-An, — en dehors des fêtes qui tombent sur un dimanche.

Lorsqu'une obligation — art. 91 — *doit être accomplie dans un certain laps de temps* (cfr. art. 722 chif. 4 et 825 qui n'admettent pas une semblable fixation d'échéance), *le débiteur est tenu de s'acquitter avant l'expiration du délai fixé* (cfr. art. 90, 92). *Si le dernier jour du délai est un dimanche, ou un autre jour légalement férié dans le lieu du paiement, il est reporté, sauf convention contraire, au premier jour non férié qui suit.* Dans cette espèce, le débiteur ne peut être constitué en demeure avant l'expiration du dernier jour du délai.

Le paiement — art. 92 — *doit être effectué et accepté le jour de l'échéance, pendant les heures habituellement consacrées aux affaires,* — les usages locaux faisant règle sur ce point, mais les heures en question étant généralement, en Suisse, de 8 heures du matin à midi et de 2 à 6 heures du soir.

En cas de prolongation — art. 93 — *du délai convenu pour l'exécution, le délai court, sauf convention contraire, du premier jour qui suit l'expiration du délai précédent,* — soit dès le jour où la prolongation a été accordée, s'il s'agit d'une obligation à échéance indéterminée (cfr. art. 86).

112. Nous possédons en droit fédéral le principe de l'art. 1187 du C. civ. fr., d'après lequel le *terme est présumé stipulé en faveur du débiteur,* en matière commerciale ou non commerciale (sauf le cas de l'art. 760). Le débiteur peut donc, en thèse générale, renoncer au bénéfice du terme et obliger le créancier à recevoir avant l'échéance. On conçoit fort bien qu'il en soit ainsi, car, à l'ordinaire, une exécution anticipée de l'obligation pourra être très favorable au débiteur sans nuire aucunement au créancier. Le terme peut, au demeurant, être stipulé au profit du créancier seul, qui serait alors en droit de forcer le débiteur à payer avant l'échéance ou de le contraindre à ne se libérer qu'à cette époque; ou encore, il peut être stipulé au profit des deux parties, chacune d'elles étant alors autorisée à en réclamer le bénéfice, mais leur con-

sentement mutuel étant nécessaire pour que le paiement puisse avoir lieu obligatoirement avant l'échéance. L'art. 94[1] prescrit : *Le débiteur peut exécuter l'obligation même avant l'échéance, à moins que l'intention contraire des parties ne ressorte soit des clauses ou de la nature du contrat, soit des circonstances. Toutefois il n'a le droit de déduire un escompte que s'il y est autorisé par la convention ou les usages du commerce.* En général, dans le prêt à intérêt fait à plus ou moins longue échéance, notamment dans les prêts hypothécaires, les emprunts avec émission publique, etc., il faudra admettre — et le Tribunal fédéral en a décidé ainsi – que, de la « nature du contrat », il résulte que le terme a été stipulé en faveur des deux parties, le taux de l'intérêt ayant sans doute été calculé en considération du terme fixé pour le remboursement, — toutes conventions expresses ou tacites contraires réservées.

Notre Code ne prévoit pas, comme l'art. 1188 C. civ. fr., que le débiteur puisse être déchu du bénéfice du terme dans les cas de faillite ou de diminution des sûretés données au créancier (cfr. cependant art. 96, 288, 315 C. O. et art. 208, al. 2, L. P.).

113. Dans les contrats bilatéraux, nous avons le principe, consacré aussi par le Code civil allemand (art. 320, 322), de « l'exécution trait pour trait, » — *Erfüllung Zug um Zug.* Les deux parties y assumant des obligations, celle qui n'a pas exécuté ne peut réclamer elle-même l'exécution, sans que l'autre soit en droit de lui opposer l'*exceptio non adimpleti contractus*, qui est une forme spéciale de l'exception de dol. C'est ce que nous enseigne l'art. 95 : *Celui qui veut poursuivre l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir accompli, ou offrir d'accomplir sa propre obligation, hormis le cas où, d'après les clauses ou la nature du contrat, il est au bénéfice d'un terme* (voir ad art. 86). Ainsi le vendeur ne peut, règle générale, réclamer le paiement du prix de vente s'il n'a pas livré ou offert de livrer la chose vendue ; l'acheteur à crédit pourra, au contraire, demander la livraison avant le paiement du prix ; s'il n'y a pas eu de terme stipulé au profit de l'une ou de l'autre des parties, leurs obligations respectives devront être exécutées en même temps. Dans le bail, où les loyers ne sont guère payables qu'à la fin du mois, du trimestre, du semestre ou de l'année, le bailleur n'en sera pas moins tenu, sauf convention de paiement anticipé, de mettre les lieux en bon état à la disposition

[1] *Semaine jud.* 1887, n° 13 (article de M. le prof. A. Martin). *Motive*, II, 37 ; *Zeitsch. d. b. J.-V.* XXIX, 325 ; *A. T. F.* XIV, 369, XXI, 1276 et s. (le terme doit être réputé stipulé aussi au profit du créancier, lorsque le débiteur a remis, en échange des fonds reçus, des titres au porteur à long terme susceptibles de faire l'objet de transactions multiples et soumis aux fluctuations du marché).

du preneur avant qu'il puisse exiger de celui-ci l'acquittement des loyers[1]. Voir au surplus les art. 122 et s. et 145. Constatons encore qu'en France, on peut faire valoir aussi l'*exceptio non adimpleti contractus*, quoique la loi n'en pose pas directement le principe; cfr. cependant art. 1612 C. civ. fr. Mais on peut regretter, dans notre Code, l'absence d'une disposition analogue à l'art. 320, al. 2, C. civ. all. : « Si l'un des contractants a partiellement exécuté, la contre-prestation de l'autre ne peut être refusée, en tant que ce refus serait contraire à la bonne foi ». Le juge suisse serait-il en droit d'invoquer la même règle? Nous croyons que l'esprit, sinon la lettre, de l'art. 95 n'y met pas obstacle. La partie qui oppose l'exception n'a d'ailleurs pas d'autre preuve à administrer que celle de l'existence de sa créance; cette preuve faite, il incomberait à l'autre partie d'établir sa libération.

114. *Si l'une des parties* — art. 96 — *est déclarée en faillite, ou suspend ses paiements*[2], *l'autre partie peut se refuser à l'exécution jusqu'à ce qu'une garantie lui ait été fournie pour l'exécution de l'obligation contractée à son profit* (cfr. art. 211 L. P.). L'incapacité encourue ne produit pas les mêmes effets; le contrat doit être exécuté, l'incapable étant désormais remplacé par son représentant légal. Il s'agit ici de l'insolvabilité, caractérisée par la faillite ou la suspension de paiements, qui crée un juste motif de ne pas exécuter pour l'autre partie, sauf garanties données, et peu importe que la masse en faillite soit, le cas échéant, substituée ou non au failli dans le contrat. Ainsi, mon locataire tombe en faillite; je puis lui dénoncer le bail et l'expulser (cfr. art. 288). J'ai promis de prêter 1000 fr. à X., qui tombe en faillite[3]; sa masse ne peut me demander de m'exécuter, soit de verser les fonds, que contre sûretés suffisantes. Puis-je exiger des dommages et intérêts de mon co-contractant, ou de sa masse, lorsque l'obligation n'est pas exécutée par suite de mon refus motivé? Oui, sans doute, par analogie des art. 110 et s.; cfr. art. 315 al. 2, 332, 390. Cette opinion est toutefois en contradiction avec la jurisprudence du Tribunal fédéral[4]. Sui-

[1] *J. d. T.* XXXVI, 38. Cfr. *A. T. F.* XVIII, 44.

[2] *Sem. jud.* 1889, p. 470 (de mauvais renseignements sur la solvabilité de l'une des parties ne suffiraient pas). *A. T. F.* XXIII, 181 et s. (même quelques non-paiements peuvent équivaloir à la suspension de paiements, s'ils apparaissent, ne fût-ce qu'envers le créancier, comme le résultat d'une insolvabilité durable); cfr. *ibid.* XXVIII[2], 263 et s.

[3] *R. j.* V., 157.

[4] *A. T. F.* XXIII, 181 et s.; cfr. *J. d. T.* XLIII, 336 (arrêt du T. F. du 15 Mars 1895, qui a rejeté une action en dommages et intérêts fondée sur la disposition spéciale, mais analogue, de l'art. 315 C. O.). — Il est vrai que, le 27 Juin 1902, le T. F. a rendu un arrêt qui semble contradictoire, mais qui se base essentiellement sur l'art. 211 L. P. (*J. d. T.* LI, 71 et s.).

vant un arrêt du 23 Janvier 1897, l'art. 96 n'impose nullement à la partie insolvable l'obligation de fournir une garantie pour l'exécution de ses engagements, ce texte se bornant à conférer au co-contractant le droit de refuser l'exécution, de son côté, jusqu'à ce que des sûretés lui aient été données, et ne constituant qu'une mesure protectrice à son égard. En conséquence, celle des parties qui est en faillite ou qui a suspendu ses paiements ne saurait, par le seul fait qu'elle n'a point fourni la garantie de l'art. 96, être considérée comme ayant omis de remplir une obligation à sa charge et comme ayant par cela même rompu la convention; l'autre partie a simplement la faculté de se désister du contrat, dans un délai convenable, à défaut de sûretés reçues. Assurément, il n'y a pas, en l'espèce, d'obligation de fournir une garantie; mais le droit de refuser l'exécution du contrat et, partant, l'événement de sa résiliation, ont leur source en un fait qui, en principe, doit être tenu pour une faute dans le sens des art. 110 et s.; or c'est là un argument que la décision ci-dessus résumée a complètement négligé, et qui nous semble irréfutable.

SECTION DEUXIÈME

Du paiement. — De la demeure du créancier. De la consignation.

§ 1. *Du paiement.*

115. Notre Code traite plus particulièrement ici de la manière dont les dettes d'argent peuvent être acquittées. L'art. 97 nous dit d'abord : *Le paiement d'une dette consistant en une somme d'argent* (cfr. art. 229, 274, 329, 333, 363, 400, 408, 415, etc.) *doit être effectué dans la monnaie du pays* (voir lois féd. des 17 Mai 1850, 31 Janvier 1860 et 29 Mars 1879, ainsi que la Convention monétaire du 6 Novembre 1885 entre la Suisse, la Belgique, la France, la Grèce et l'Italie). — *Si le contrat indique une monnaie qui n'a pas cours dans le lieu du paiement, le paiement peut être fait en monnaie du pays, au cours du jour de l'échéance, à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été stipulée par les mots « valeur effective », ou par une autre expression analogue.* Si le débiteur préfère ne pas user de la faculté inscrite au 2me alinéa de l'art. 97 et rembourser en monnaie étrangère, il a naturellement le droit de le faire; mais alors il doit, lorsque le paiement a eu lieu après l'échéance, tenir compte au créancier de la baisse de cours surve-

nue à partir de cette date[1]. D'un autre côté, l'art. 98 dispose : *Le créancier d'une somme d'argent n'est pas tenu d'accepter, au lieu de numéraire, des billets de banque ou du papier-monnaie.* Nous n'avons pas en Suisse de « papier-monnaie », c'est-à-dire du numéraire fictif consistant en bons émis par l'Etat dans les époques de crise et tenant lieu d'argent. Quant aux billets de banque, les établissements seuls qui les émettent sont obligés en tout temps de les accepter en paiement et au pair (loi féd. du 8 Mars 1881, spécialement art. 4, 7, 20 et 25). Les particuliers, eux, ne peuvent être astreints à accepter des billets de banque au lieu de numéraire ; néanmoins, s'ils les acceptent, il y aura dation en paiement et partant libération du débiteur. Ajoutons que l'on peut être forcé, en Suisse, d'accepter de la monnaie de cuivre jusqu'à 2 fr., du billon jusqu'à 10 fr., des pièces d'argent de 20 c. à 2 fr. jusqu'à 50 fr., et des pièces de 5 fr. pour toutes sommes supérieures (art. 10 loi de 1850, art. 2 de la loi de 1879, art. 5 et 6 de la convention de 1885).

Le projet du Conseil fédéral, d'accord avec celui de M. Munzinger, disait en outre à l'art. 98 : « Cependant le créancier peut, et même, s'il est commerçant, doit réaliser de son mieux les billets de banque ou le papier-monnaie qui lui ont été envoyés d'une autre place en paiement, et en imputer le produit sur sa créance ». Les Chambres supprimèrent cette adjonction, car une obligation pareille aurait pu, notamment sur des places éloignées, devenir onéreuse à l'excès.

116. Le Code fédéral s'occupe ensuite de l'*imputation des paiements*. Une personne est débitrice envers un créancier de plusieurs dettes ayant pour objet des prestations de même nature. Elle fait un paiement ; à laquelle de ces dettes s'appliquera-t-il, s'il ne suffit pas à les éteindre toutes ? Il faut distinguer :

1° La *volonté des parties est déterminante*[2] en tout premier lieu. Seulement la loi dispose ce qui suit, en partant de l'idée, d'ailleurs, que le paiement a été régulièrement offert et que le créancier est tenu de l'accepter :

a) *Le débiteur* — art. 101 al. 1 — *qui a plusieurs dettes à payer au même créancier, a le droit de déclarer, lors du paiement, laquelle il entend acquitter*[3], — à condition qu'il ne porte pas atteinte aux droits du créancier, qu'ainsi il n'impute point sur une dette qui ne serait pas entièrement acquittée par le paiement, ou, qu'entre deux dettes, dont l'une n'est pas échue, il n'impute pas sur celle-ci, à moins que le terme ne soit en sa faveur. Les

[1] *A. T. F.* XXI, 445.

[2] *H. E.* XIII, 108 (une convention relative à l'imputation ne peut porter préjudice aux intérêts de la caution) : cfr. cependant *A. T. F.* XXIII, 751 et s.

[3] *A. T. F.* XIV, 117.

droits d'imputation du débiteur, en cas de *paiement partiel,* sont d'ailleurs restreints par les art. 99 et 100. *Le débiteur* — art. 99 — *ne peut imputer un paiement partiel sur le capital, qu'en tant qu'il n'est pas en retard pour les intérêts* (conventionnels ou légaux) *et les frais.* Mais il est bien entendu (cfr. art. 78) que le créancier n'est pas tenu, sauf convention contraire, ou sauf les cas de l'art. 123 L. P., d'accepter un paiement partiel. Et puis, les art. 99 et 100 prévoient une dette unique, et non un concours de dettes comme l'art. 101; leurs prescriptions n'en seraient pas moins applicables par analogie à cette dernière espèce. *Si le créancier* — art. 100 — *a reçu pour une partie de sa créance, des cautions, gages ou autres sûretés, le débiteur n'a pas le droit d'imputer un paiement partiel sur la partie assurée ou mieux assurée de la créance.* Il en serait de même si le débiteur, au lieu de payer, opposait la compensation.

b) En ce qui concerne le *créancier,* voici ce que nous apprend l'art. 101 al. 2[1], qui suppose l'existence de plusieurs dettes liquides : *Faute de déclaration de sa part* (du débiteur), *le paiement est imputé sur la dette que le créancier désigne dans la quittance, à moins que le débiteur ne conteste cette imputation au moment même où il reçoit la quittance,* — en ne l'acceptant pas dans les termes où elle lui est donnée, ce qui ne permettrait point de lui opposer l'imputation; ce sera évidemment au débiteur, s'il a la quittance en mains, à prouver qu'il a « contesté » le mode d'imputer. En revanche, l'imputation faite sur la quittance acceptée par le débiteur doit être envisagée comme liant les parties, même si le débiteur avait déclaré auparavant qu'il entendait imputer d'une autre manière, sauf à attaquer l'imputation ainsi opérée en invoquant les art. 18 et suivants.

2° La *loi* règle l'imputation, à défaut de volonté exprimée par les parties. L'art. 101 al. 3 dispose à ce propos : *Lorsqu'il* (le débiteur) *la conteste, ou que la quittance ne porte aucune imputation* — soit, lorsque l'imputation n'a été faite ni par le débiteur, ni par le créancier, — *le paiement s'impute sur la dette échue* (art. 87 et s.); *si plusieurs dettes sont échues, sur celle qui a donné lieu aux premières poursuites contre le débiteur* (ceci ne signifie pas que le débiteur ne puisse, en vertu de l'art. 101 al. 1, imputer sur la créance pour laquelle il ne serait pas poursuivi); *s'il n'y a pas eu de poursuites , sur la dette échue la première* (et non prescrite, naturellement); *si elles sont échues en même temps, l'imputation se fait proportionnellement* (cfr. toutefois art. 99 et 100);

[1] *A. T. F.* XVIII, 283 (le créancier n'est pas libéré de l'obligation de prouver l'existence légale de sa créance). — La déclaration de l'art. 101, alin. 2, doit-elle être expresse ? Il le semblerait, à raison de l'emploi du mot « déclaration »; mais l'opinion contraire prévaut (*Hafner*, ad art. 101).

enfin, si aucune des dettes n'est échue, l'imputation se fait sur celle qui présente le moins de garanties pour le créancier (cfr. art. 504 et 100 en ce qui concerne les droits de la caution).

117. Nous trouvons, aux art. 102 à 105, quelques prescriptions sur la *preuve* du paiement. *Le débiteur qui paie* — art. 102 — *a le droit d'exiger une quittance et, si la dette est éteinte intégralement, la remise* (cfr. art. 104) *ou l'annulation du titre* (cfr. art. 105). — *Si le paiement n'est pas intégral ou si le titre confère d'autres droits au créancier, le débiteur peut seulement exiger la quittance et faire mentionner le paiement sur le titre* (cfr. art. 150, 157, al. 4, L. P.). Si le créancier déclare avoir perdu le titre, on applique l'art. 105; s'il ne l'a pas sous la main, le débiteur ne saurait être obligé de payer et le créancier peut être constitué en demeure (cfr. art. 106). Le débiteur est autorisé du reste à exiger une quittance régulière, indiquant son nom, l'objet et la date du paiement, ainsi que le montant de la somme versée, et portant la signature du créancier ou de son représentant; mais si la quittance constitue une preuve de la libération, la preuve contraire n'est pas exclue[1].

Lorsqu'il est dû — art. 103 — *des intérêts ou autres redevances périodiques* (rentes, prestations alimentaires, loyers, etc.), *le créancier qui donne quittance pour un terme, sans formuler de réserves, est présumé avoir perçu les termes antérieurs.* — *S'il donne quittance pour le capital, il est présumé avoir perçu les intérêts.* Cette double présomption, fondée sur des motifs très rationnels, peut-elle être combattue par la preuve contraire? Assurément, mais cette preuve sera bien difficile dans la plupart des cas. Le créancier ne peut, au surplus, être tenu d'accepter les intérêts du dernier terme que si le débiteur a acquitté les termes antérieurs.

En outre, et d'après l'art. 104 qui, comme les précédents, aurait pu et dû figurer au titre suivant : *La remise du titre au débiteur fait présumer l'extinction de la dette*[2]. Que la dette résulte d'un acte authentique ou d'une simple cédule, le débiteur est tenu pour libéré, s'il a le titre entre ses mains; il n'a pas même à établir que c'est comme signe de sa libération que le titre lui a été remis et que la remise lui en a été faite volontairement. Mais le créancier, qui voudrait écarter la présomption légale de l'art. 104, peut prouver qu'il a remis le titre au débiteur dans un autre but que celui de l'extinction de la dette, par exemple, à fin de dépôt, de prêt, de mandat ou par erreur, ou encore que le débiteur s'en est emparé ou

[1] *A. T. F.* XVIII, 211.

[2] *A. T. F.* XXV[2], 581 et s. (l'art. 104 ne déroge pas au principe posé par l'art. 141).

le détient frauduleusement. Il suffit donc à ce dernier, qui possède le titre, d'opposer la présomption légale ci-dessus pour que le créancier ne soit pas recevable dans sa demande, sauf à détruire l'effet de la dite présomption; il n'a pas à justifier du paiement opéré[1]. Nous ne pensons pas qu'on puisse décider[2] que le débiteur a la charge de prouver que le titre lui a été *remis* par le créancier, — une preuve impossible à faire dans presque toutes les circonstances et qui affaiblirait singulièrement la valeur de notre présomption.

118. Quelle est la situation du créancier dont *le titre est perdu?* Devra-t-il l'annuler en justice? Le débiteur devra-t-il se contenter d'une simple quittance? Entre ces deux alternatives, adoptées l'une par le Code civil autrichien (§ 1428), l'autre par le Code zurichois (§ 1045), notre loi a choisi un moyen terme, qui sauvegarde les intérêts du débiteur puisqu'il sera malaisé de contester la force obligatoire de la « déclaration » prévue à l'art. 105 ci-après, et qui n'attache pas, pour le créancier, des conséquences trop onéreuses à la perte de son titre. *Si* — art. 105 al. 1 — *le créancier affirme avoir perdu son titre, le débiteur qui paie peut l'obliger à lui délivrer une déclaration authentique ou dûment légalisée constatant l'annulation du titre et l'extinction de la dette.* Remarquons d'abord que c'est à tort que l'on n'a pas vu de conciliation possible entre les art. 102 et 105, en affirmant que la « déclaration » susmentionnée n'est qu'une satisfaction provisoire accordée au débiteur, qui pourrait en outre faire annuler le titre perdu, d'après la procédure cantonale. Cette déclaration, dont la forme est réglée par le droit des cantons, sera délivrée concurremment avec la quittance de l'art. 102, si le débiteur l'exige, en cas de paiement intégral seulement; elle remplace alors la remise du titre dont il est question au même article et à laquelle elle est expressément assimilée quant à ses effets. Maintenant si, à l'échéance et sur l'offre de payer, le créancier ne peut remettre au débiteur le titre ou la déclaration qui l'annule, il est en demeure et l'art. 107 devient applicable.

Mais l'art. 105 al. 1 concerne uniquement les *reconnaissances de dettes* proprement dites, et non pas les *Werthpapiere*, les papiers-valeurs (cfr. al. 2 même article et voir ad art. 833), soit les titres à ordre ou au porteur que le débiteur ne peut être astreint à acquitter que contre la remise du titre ou à la suite d'un jugement d'annulation opposable aux tiers[3]. Il convient de ranger parmi les titres visés par le 1er al. de l'art. 105, les *carnets de caisse d'épar-*

[1] *R. j. f.* IV, 96.
[2] *R. j. f.* II, 22.
[3] *A. T. F.* X, 279 et s.

gne[1] créés en faveur d'une personne déterminée, ou même du porteur qui se légitimerait comme créancier, les certificats nominatifs, et en général toutes les créances dont le titre est non pas une condition même de leur existence, mais seulement un élément pour la preuve. En ce qui a trait à la *caution* qui paie, voir art. 507.

L'art. 105 al. 2 auquel nous venons de faire allusion est ainsi conçu : *Il n'est pas préjugé* (sic) *par le présent article aux dispositions concernant l'annulation des lettres de change* (cfr. art. 791 et s.), *des titres à ordre ou au porteur* (cfr. art. 836, 838 et s., 844, 849 et s.), *ni dérogé aux dispositions des lois cantonales sur le mode d'extinction des créances hypothécaires*[2].

§ 2. *De la demeure du créancier et de ses effets (consignation)*[3].

119. La demeure du créancier *(mora accipiendi)* est régie en ces termes par l'art. 106 : *Le créancier est en demeure lorsqu'il refuse sans motif légitime d'accepter ce qui lui est régulièrement offert* (cfr. art. 77, 78, 84, 85 et s., 97) *en exécution du contrat, ou de faire les actes préparatoires qui lui incombent et sans lesquels le débiteur ne peut exécuter l'obligation*. Le créancier peut « accepter » et aussi refuser expressément ou tacitement. Quant aux « actes préparatoires » mentionnés à l'art. 106, ils s'entendent de ceux qui résultent de la nature même du contrat et dont quelques-uns sont prévus par la loi elle-même (cfr. art. 81 et 82, lorsque le choix appartient au créancier, art. 95, 184 al. 2, 191, 230, 260). La demeure du créancier peut être encourue d'ailleurs par le fait qu'il exige de son débiteur plus ou autre chose que l'objet de l'obligation, ou qu'il n'est ni présent, ni représenté lors de l'échéance au lieu de l'exécution, ou qu'il ne remet pas le titre ou ne fournit pas la « déclaration » de l'art. 105 en cas de perte du titre, ou qu'il refuse de délivrer une quittance, ou qu'il est incapable de recevoir et n'a pas encore de représentant légal, qu'il a refusé d'avance le paiement avant que celui-ci lui soit offert, etc.

Mais, sauf ce dernier cas, le créancier ne peut être constitué en demeure que par des « offres régulièrement faites », ou mieux, par

[1] *R. j. f.* III, 31, *A. T. F.* XXIII, 173 et s., 787 (un *bon* où le débiteur se réserve d'examiner la légitimation du porteur tombe sous le coup de l'art. 105, même si, des conditions imprimées sur le titre, il résultait qu'on dût recourir à la procédure d'annulation proprement dite).

[2] *A. T. F.* XVI, 399, XIX, 551.

[3] *Haberstich*, I, 243. *Jacottet*, 75. *Schneider et Fick*, ad art. 106. *Hafner*, ad art. 106. *G. Matter :* Der Verzug des Gläubigers nach dem schw. O. R., Zurich, in-8°, 1887. *A. T. F.* XVI, 795, XVII, 701, XIX, 932 ; cfr. *ibid.*, XVI, 795, XIX, 928 (conflit entre lois nationale et étrangère).

une exécution régulièrement offerte et correspondant exactement à ce que l'obligation impose au débiteur. Comment apprécier si le débiteur a « régulièrement » offert ? La question de la régularité des offres n'est pas du ressort de la législation cantonale. Il faudra des *offres réelles,* consistant dans la présentation effective de la chose au créancier, toutes les fois que l'objet de l'obligation devra être remis à celui-ci *(Bringschuld* des Allemands) ; il suffira, en revanche, d'*offres verbales* toutes les fois que le créancier devra prendre chez le débiteur l'objet de l'obligation *(Holschuld),* soit d'une mise à la disposition du créancier, et, si celui-ci est inconnu, absent ou incapable, un avis de mise à disposition donné au juge ou au représentant légal devra être tenu pour une offre « régulière ». L'époque où les offres sont faites est au reste indifférente, pourvu qu'elles se produisent dans des formes et à une heure convenables. De plus, le *lieu* est sans importance pour les offres verbales, à condition qu'il soit admissible que des affaires puissent y être traitées et que le créancier puisse les envisager comme sérieuses.

Les mots « sans motif légitime » de notre texte semblent indiquer que la mise en demeure peut se produire en l'absence de toute faute, et, s'il était empêché fortuitement de recevoir, le créancier n'échapperait pas à la demeure. Des offres régulières lui parviennent : il est malade, il a perdu la conscience de ses actes, et il n'accepte point parce qu'il ne saurait accepter : il n'en est pas moins *in mora*[1]. Effectivement, l'expression « sans motif légitime » de l'article 106 signifie sans motifs reconnus par la loi et se rapporte exclusivement à la manière dont les offres sont faites ; sont-elles régulières, le créancier qui les refuse expressément ou tacitement, les refuse « sans motif légitime » (cfr. art. 181). C'est aussi la théorie consacrée dans le projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne (§ 254) : cfr. art. 293 C. civ. all.

120. Notre loi n'indique, comme « effets » de la demeure du créancier, que le seul droit du débiteur de consigner et, éventuellement, de vendre en application des art. 107 et s. Mais si le débiteur ne juge pas à propos de consigner ? Le C. O. n'a pas résolu ce problème. Il semble rationnel de dire, avec Paulus, que la demeure du créancier ne peut nuire qu'à celui-ci, même si le débiteur négligeait de procéder en vertu des art. 107 et s. Dès lors, le débiteur conservât-il par devers lui la prestation refusée sans motif légitime, il n'a pas à payer d'intérêts moratoires (même pour les dettes d'argent : contra, *Hafner*, ad art. 107), il est libéré par la perte de la chose

[1] *R. j.* IV, 287 ; cfr. *Zeitsch. f. schw. R.* XII, 35 et s. (article où M. le prof. W. Marcusen conclut aussi que les mots « sans motif légitime » n'impliquent pas l'idée d'une faute, ensorte que nous n'avons pas la *mora culpata*).

à raison d'un cas fortuit, il a droit aux frais de conservation de la chose. les peines conventionnelles qui pourraient avoir été stipulées à son détriment tombent *ipso jure*, il peut réclamer l'exécution d'un contrat synallagmatique sans avoir à craindre l'*exceptio non adimpleti contractus*, etc. Le débiteur continue, d'autre part. à devoir les intérêts convenus qui sont l'équivalent de la jouissance de la chose, il est responsable de son dol et de sa faute, les sûretés de la créance subsistent, etc.

Tout ceci est, il est vrai, du droit commun allemand, mais le législateur n'a marqué nulle part son intention de s'en écarter, et s'il a réglé, à l'art. 118, les effets de la demeure du débiteur en mettant le cas fortuit à la charge de ce dernier, il ne s'ensuit pas que son silence sur ce point, à l'art. 106, doive être interprété comme emportant l'adoption d'un principe contraire pour la demeure du créancier. D'abord, ce silence est-il prémédité? Et, le serait-il. comment l'interpréter? Ne pourrions-nous pas en inférer que le législateur a voulu soumettre, comme en droit commun, la demeure du créancier à des règles plus rigoureuses que celle du débiteur et laisser entendre que, même en l'absence de toute faute de sa part (cfr. art. 118 al. 2), les cas fortuits étaient à sa charge? Ceci n'est-il pas confirmé par la circonstance que tout refus, sans motif légitime, d'offres régulièrement faites, constitue le créancier en demeure d'après l'art. 196 et l'expose à *tous* les effets de la *mora?* L'art. 118 al. 2 a précisément pour but de déroger au principe que les conséquences du retard sont encourues, même en dehors de toute faute, mais il ne concerne que le débiteur. Il était inutile d'introduire dans le Code une prescription conforme au droit commun; et, à coup sûr, on se serait exprimé nettement, si on avait eu le dessein d'innover. On peut dire sans doute que, s'il en est ainsi, l'art. 367 n'aurait pas imposé, *expressis verbis*, les cas fortuits au maître qui est en demeure; mais l'art. 367 ne fait ici qu'une application de notre principe, application qu'on aurait pu, nous le concédons, se dispenser de faire. L'art. 204 met, au surplus, dans tous les contrats d'aliénation, qui sont les plus nombreux, les risques à la charge de l'acquéreur (créancier) dès la perfection du contrat.

121. Quoi qu'il en soit, le débiteur dont le créancier est en demeure a un excellent moyen de se délivrer de toute incertitude: c'est la *consignation* — c'est-à-dire le dépôt de la chose due, dans un lieu désigné par la justice ou par la loi, à la disposition du créancier, — et, le cas échéant, la *vente de la chose due*[1]. L'art. 107

[1] A. *T. F.* XVI, 182 (mais le vendeur, lorsque l'acheteur est en demeure, ne peut faire transporter la chose dans un lieu autre que celui convenu pour l'exécution et l'y mettre à la disposition de son co-contractant: s'il ne procède pas en conformité des art. 107 et 108, l'acheteur *in mora* n'en conserve pas moins le droit d'exiger l'exécution du contrat au lieu convenu); cfr. *ibid.* XVII, 701,

nous dit : *Lorsque le créancier est en demeure, ou que pour toute autre raison le paiement ne peut être fait au créancier* (cfr. art. 188, 454, 461, 667 al. 3 à 5, 759, 791, 799, 857 C. O., article 99, 275 L. P., et art. 24 loi féd. sur les transp. par chem. de fer, etc.), *ni à une autre personne qui le représente, le débiteur a le droit de consigner la chose due, aux frais et risques du créancier, et de se libérer ainsi de son obligation* (cfr. art. 129). — *Le juge du lieu du paiement décide où la consignation doit être faite; toutefois les marchandises peuvent, sans décision du juge, être consignées dans un entrepôt* (cfr. art. 24 précité, loi féd. sur transp. par chem. de fer). Le législateur n'indique pas la procédure à suivre en matière de consignation, mais cela n'implique pas une réserve en faveur du droit cantonal; il suffira d'une requête adressée au juge, qui n'a pas à se prononcer sur l'admissibilité de la consignation, mais seulement à décider où elle doit être faite.

Un avis que la consignation a été opérée est-il nécessaire pour que les effets de l'art. 107 se produisent? Il faut l'admettre, bien que notre code soit muet sur ce point comme sur bien d'autres où il aurait dû poser des règles précises. On ne voit pas comment le débiteur serait libéré à l'égard du créancier par un simple dépôt, qui n'a pas été porté à la connaissance de la partie directement intéressée et dont celle-ci n'a pu tirer parti. Et, en vérité, que serait une mise à disposition qu'on laisserait ignorer à celui envers lequel elle doit avoir eu lieu? La consignation n'est, selon nous, opposable au créancier que dès l'instant où il en a été averti, mais il n'y a pas de forme spéciale à observer pour la communication à lui adresser de ce chef. On nous dira peut-être que nous sommes en contradiction avec le système développé plus haut (n° 120), d'après lequel la demeure engendre par elle-même ses effets quant aux risques, aux peines conventionnelles, etc. Qu'on veuille bien ne pas oublier que les effets de la demeure du créancier et de la consignation ne sont nullement les mêmes à l'égard du débiteur : le débiteur qui consigne est libéré, celui qui ne consigne point ne l'est pas, mais est placé dans la même situation que celle précédemment décrite et qui est également celle du débiteur dont la consignation n'a pas été portée à la connaissance du créancier.

122. *Si la chose* — art. 108 — *n'est pas susceptible de consignation, si elle est sujette à dépérissement ou exige des frais d'entretien, le débiteur peut, après une sommation préalable* (juridique, ou non) *et avec l'autorisation du juge, la faire vendre*

Sem. jud. 1895, 321, arrêt du T. F. du 1er Mars 1895 (à défaut d'acceptation, par l'acheteur, des marchandises livrées, le vendeur doit agir selon les art. 107 et 108; il ne peut, sans violer les règles de la bonne foi, attendre plusieurs mois avant de poursuivre en exécution du contrat); *A. T. F.* XXII, 513.

publiquement et en consigner le prix (cfr. art. 151). — *Si la chose est cotée à la bourse ou si elle a un prix courant, il n'est pas nécessaire que la vente soit publique, et le juge peut l'autoriser même sans sommation préalable*[1] (cfr. art. 243, 434, 443, 454 et s., 463 C. O. et art. 34, 62 loi féd. sur les transp. par chem. de fer). Le débiteur est ici dans la situation d'un gérant d'affaires à l'égard de la chose due, et sa responsabilité est vraisemblablement déterminée par l'art. 470, s'il gère mal, s'il vend, par exemple, à un prix inférieur à celui de la Bourse les valeurs cotées. Il est tenu, d'autre part, d'agir dans les délais indiqués par la bonne foi commerciale; sinon, il se trouverait déchu du bénéfice de l'art. 108 et il ne pourrait plus prétendre qu'à des dommages et intérêts.

Dans l'espèce du premier alinéa de notre article, le juge ne devra-t-il autoriser la vente qu'après s'être assuré de l'existence d'une sommation préalable et après avoir fixé au créancier un délai raisonnable pour accepter la chose due? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement, au vu des derniers mots de l'art. 108 et en considération du fait que cette solution est trop recommandable pour que le législateur ait pu l'écarter. Aussi, et bien que la sommation puisse être purement verbale, importe-t-il que le débiteur la fasse de manière qu'il lui soit possible de prouver au juge qu'elle a eu lieu.

En outre, dans les deux cas de l'art. 108, le débiteur se libère non point par la vente seule, mais encore par la consignation subséquente du prix, frais déduits, à l'endroit désigné par le juge. Si le prix n'est pas consigné, ou si la consignation n'est pas portée à la connaissance du créancier, le débiteur n'est pas délié, il doit l'intérêt légal. etc. (arg. art. 266, chif. 2). Dans les contrats bilatéraux, ainsi dans la vente, le vendeur pourra, si l'autre partie est en demeure, non seulement d'accepter, mais d'exécuter, conserver le prix obtenu et l'imputer sur le prix de vente (cfr. art. 131).

Il arrivera assez souvent que les formalités de l'art. 108 al. 1 ne pourront être remplies, qu'on devra vendre sans délai pour ne pas perdre complètement la valeur de la chose due. La loi n'a de nouveau pas prévu ce cas, que nous trancherions dans le sens de l'article 248 *in fine*.

123. La consignation (ou la vente) n'étant pas obligatoire pour le débiteur dont le créancier est en demeure — « le débiteur *a le droit* »... « le débiteur *peut* »... disent les art. 107 et 108, — l'article 109 dispose : : *Le débiteur est en droit de retirer la consigna-*

[1] *J. d. T.* LII, 218 et s., arrêt du T. F. du 25 Mars 1904 (c'est à bon droit que le vendeur procède en conformité de ce texte — art. 108, al. 2, — si l'acheteur refuse catégoriquement d'accepter l'exécution du contrat, et il n'est pas tenu de la lui offrir de nouveau, ni de lui expédier la marchandise ou de le mettre encore en demeure).

tion tant que le créancier n'a pas déclaré l'accepter ou qu'elle n'a pas eu pour conséquence l'extinction d'une hypothèque ou la restitution d'un gage. — La créance renaît avec tous ses accessoires dès le retrait de la consignation. Les choses ne se passent cependant pas comme si l'on n'avait jamais consigné, et le débiteur n'est point tenu des intérêts de la chose due, s'il s'agit d'une dette d'argent, pour le laps de temps entre la consignation et le retrait de celle-ci. Mais les cautionnements, les gages et les autres sûretés revivent. Si néanmoins la consignation a entraîné « l'extinction d'une hypothèque ou la restitution d'un gage » garantissant l'obligation, le retrait n'en est plus admissible. Et s'il avait eu lieu quand même ? L'hypothèque resterait éteinte, le gage aurait cessé d'exister, mais la créance n'en renaîtrait-elle pas moins avec ses autres accessoires ? Non, car c'est le créancier qui est désormais propriétaire de l'objet de la consignation et l'obligation du débiteur est définitivement exécutée. Mais celui-ci, en s'appropriant frauduleusement le bien d'autrui, s'exposerait à des poursuites pénales et à un recours civil.

Une autre hypothèse se présente : La consignation a eu lieu, le créancier l'a acceptée expressément ou tacitement, ou encore elle a eu pour conséquence l'extinction d'une hypothèque ou la restitution d'un gage. Puis, le créancier a autorisé le débiteur à la retirer. Un retrait opéré dans ces circonstances ne ferait pas revivre la dette, irrévocablement éteinte par la consignation, ni l'engagement des co-débiteurs et des cautions, ni enfin les autres accessoires de l'obligation. Le retrait, s'il n'a pas été consenti *donationis causa*, provoquera la naissance d'une nouvelle dette (cfr. art. 142, chif. 1).

La prescription ne court point pendant la consignation, que celle-ci ait été faite régulièrement ou irrégulièrement, mais elle recommence à courir dès le retrait ; cfr. art. 154, chif. 1.

123 *bis.* Lorsque l'obligation ne consiste pas dans la livraison d'une chose, le débiteur pourra sans doute, en cas de demeure du créancier, résilier le contrat en vertu des dispositions des art. 122 et s.

CHAPITRE II

Des conséquences de l'inexécution des obligations[1].

SECTION PREMIÈRE

De la faute du débiteur.

§ 1. *Dispositions générales.*

124. Alors que les art. 50 et s. traitent de la responsabilité à raison des fautes commises par une personne au détriment d'une autre, en dehors de tous rapports contractuels, les art. 110 et s. sont consacrés aux effets de la faute du débiteur en matière conventionnelle, ces deux catégories de dispositions légales pouvant d'ailleurs s'appliquer concurremment dans tels ou tels cas donnés, ainsi, par exemple, à l'égard du médecin qui peut être tenu, envers un malade, tout à la fois en vertu de l'art. 113 et de l'art. 50[2]. Le principe est que celui qui assume un engagement est tenu de l'exécuter dans la mesure de son obligation. S'il ne l'exécute pas ou s'il ne l'exécute qu'imparfaitement, il s'expose à des conséquences modifiant, ou aggravant même sa situation primitive à l'égard du créancier, qui subira en général une perte et qui peut être empêché en outre de réaliser un profit. Il est naturel que le débiteur ait la charge de prouver que l'inexécution ou l'exécution imparfaite ne lui est point imputable, s'il veut échapper à la nécessité de réparer le préjudice causé à l'autre partie. C'est donc à lui qu'il incombe d'établir que l'inexécution ne doit pas être attribuée à sa faute, mais à un événement dont il n'a pas à répondre, comme la propre faute du créancier[3], ou un

[1] *Zeitsch. f. schw. R.* XIX, n. s., 48 et s. (article de M. Friedmann sur « der Anspruch auf Realerfüllung nach schw. O. R. », — notamment art. 110 et s., 145. W. *Weissenbach:* Die Schadenersatzpflicht aus Verträgen nach schw. O. R., in 8°, Zurich 1900. *Zeitsch. d. b. J. V.* XXXVI, 289 et s. (article de M. Blumenstein sur art. 124 et 125 C. O.); cfr. *A. T. F.* XXVIII², 296 et s. (ad art. 110 a 112).

[2] *A. T. F.* XVI, 560, XVII, 312, XVIII, 340, 861, XIX, 905, XXV², 402 et s.

[3] *J. d. T.* XXXIII, 677; cfr. *A. T. F.* XVI, 387, 705 (concours de la faute des deux parties).

cas de force majeure, ou encore un cas fortuit (cfr. cependant art. 118, 318, 322, 457, 465, 470, 476, 486, 488 C. O., loi féd. sur les transp. par chem. de fer, art. 30, 57, 59, 60, 62, loi féd. sur la resp. des entreprises de chem. de fer, art. 2, etc., qui édictent une responsabilité *plus étendue*). Le créancier n'a pas à faire la preuve qu'il n'aurait pu encourir le dommage par suite de circonstances étrangères à l'inexécution et indépendantes de celle-ci ; il suffit qu'il démontre l'existence d'un rapport de causalité entre l'inexécution et le dommage, quitte au débiteur à exciper de ce qu'il n'a commis aucune faute ou, de ce que le préjudice se serait produit même si l'exécution avait eu lieu[1]. Lorsque l'objet de l'obligation est un *genus*, le débiteur qui n'exécute pas ne saurait, naturellement, invoquer l'absence d'une faute pour se libérer.

125. *Lorsque*, dit l'art. 110, *le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu à des dommages et intérêts, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.* S'il réussit à faire cette preuve, on applique par analogie l'art. 145.

Le créancier est donc en droit d'exiger des dommages et intérêts, ou même, sous certaines conditions, la résolution du contrat *ab initio*[2], toutes les fois qu'il est constaté :

1° Que l'inexécution totale ou partielle est contraire à son intérêt et lui a été préjudiciable, — l'intérêt étant la mesure et la condition même des actions, et le rapport de cause à effet entre l'inexécution et le dommage subi devant être prouvé ;

2° Que le débiteur n'a pas établi qu'aucune faute (négligence quelconque, ou dol ; cfr. art. 113) ne lui est imputable, qu'il n'a pas effectué la preuve de l'arrivée d'un événement ou de l'existence d'un fait, dont il n'est pas responsable et qui a entraîné l'inexécution ou l'exécution imparfaite. Ainsi que l'explique M. Haberstich, « le débiteur doit des dommages et intérêts, s'il ne parvient pas à prouver qu'une circonstance (cas fortuit, par exemple) qui ne peut lui être imputée à faute a entravé l'exécution ». La faute du débiteur est, en d'autres termes, *présumée* et c'est à lui qu'il incombe de détruire cette présomption pour se soustraire à l'action en dommages et intérêts[3]. Nous reviendrons sur ce point, notamment à propos du louage de services (voir n° 451 *bis*), où la question du fardeau de la preuve est particulièrement délicate à résoudre.

[1] *A. T. F.* XIII, 309 ; cfr. *ibid.* XVI, 560, XVII, 317, XIX, 932.

[2] *A. T. F.* XVI, 377 ; cfr. *ibid.* XVII, 317 (en matière de vente).

[3] Voir, entre autres, concernant le fait de l'inexécution, *A. T. F.* XVI, 399, XVII, 317, XIX, 371, 932, XIX, 371, 932 (vente), XII, 639, XV, 382 (bail), XVIII, 310, 861 (louage de services), XIX, 533 (mandat), XXIII, 789 (dépôt), etc.

On appelle dommages et intérêts *compensatoires*, ceux qui sont dus au créancier par suite de l'inexécution de l'obligation ; ils représentent l'évaluation en argent de l'intérêt que le créancier avait à ce que l'exécution eût lieu dans la mesure où il était en droit de la réclamer, — ils sont la compensation du préjudice qu'il éprouve du chef du défaut d'exécution ou d'une exécution imparfaite.

Pour les conséquences de la *demeure*, nous renvoyons aux articles 117 et s. Ajoutons que les art. 110 et s. ne s'appliquent que pour autant que des prescriptions spéciales ne les remplacent pas à l'égard de certains contrats particuliers : l'art. 110 n'est pas applicable non plus, mais bien, éventuellement, l'art. 50, lorsqu'il y a eu, dès le début, impossibilité objective de l'exécution.

126. Les *effets* de l'inexécution ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'une *obligation de faire* ou d'une *obligation de ne pas faire*. L'obligation de faire est celle qui a pour objet l'accomplissement d'un acte, l'exécution d'un travail, la livraison d'une chose (cfr. art. 338 et suiv., 350 et s., 372 et s., 392 et s., 430 et s., 449 et s., 475 et s.). On entend par obligation de ne pas faire, celle par laquelle le débiteur s'engage à s'abstenir d'un fait, à ne pas fonder, par exemple, un établissement concurrent de celui du créancier dans telle localité ou telle rue, à ne pas écrire dans tel journal, travailler dans telle fabrique, etc.

I. Toute obligation de faire, porte l'art. 111 [1], *se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution imputable au débiteur. Toutefois le créancier peut être autorisé à faire exécuter l'obligation aux frais du débiteur.* Notons d'abord que, malgré l'emploi des mots « en cas d'inexécution imputable au débiteur », la loi n'a pas dérogé au principe général de l'art. 110 en ce qui concerne le fardeau de la preuve.

Comme il sera souvent difficile, ou même impossible, de contraindre le débiteur à exécuter lui-même — à construire le bâtiment, à peindre le portrait, à écrire le volume qu'il a promis, — notre Code donne au créancier la faculté d'exiger, sous forme de dommages et intérêts, l'équivalent de l'objet de l'obligation (cfr. art. 116). Mais le créancier peut avoir un intérêt majeur à ce que l'obligation même soit exécutée ; il a le droit alors de s'adresser à la justice pour qu'elle l'autorise à faire exécuter aux frais du débiteur, dans la mesure où cela sera possible sans une contrainte personnelle attentatoire au principe de la liberté individuelle. Le juge ne sera pas d'ailleurs, comme en France, forcé d'ordonner l'exécution aux frais du débiteur, si elle est requise et possible ; il est autorisé, même en cas de possibilité matérielle d'une semblable exécution, à ne pas se

[1] Cet article s'applique également au *pactum de contrahendo* (A. T. F. XV, 770, XVIII, 814).

prêter à une application de l'art. 111 *in fine* et il le fera, entre autres, lorsqu'elle serait réclamée dans un pur esprit de chicane, ou lorsqu'elle serait très préjudiciable au débiteur sans procurer d'avantages sérieux au créancier. La formule « peut être autorisé » — *kann ermächtigt werden* — indique bien que le juge est libre d'ordonner ou de ne pas ordonner ; aussi sera-t-il prudent de toujours conclure, éventuellement, en dommages et intérêts. Au reste, même si l'obligation devait être exécutée aux frais du débiteur, ce dernier répondrait encore du dommage causé par le retard ou par une exécution inférieure à ce qu'elle eût été si le débiteur lui-même avait satisfait à ses engagements.

2. *Celui* — art. 112 — *qui contrevient à une obligation de ne pas faire, doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention. Le créancier a d'ailleurs le droit d'exiger que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit supprimé, et il peut se faire autoriser à opérer cette suppression aux frais du débiteur.* Ici, le débiteur ne peut plus même échapper aux conséquences de l'inexécution en établissant qu'il n'a commis aucune faute, que c'est à la suite d'une erreur, ou d'un dol pratiqué, ou d'une violence exercée par un tiers, ou de toute autre circonstance où sa volonté ne fut pour rien, qu'il a contrevenu à l'obligation de ne point faire, — sauf son recours, le cas échéant, contre celui qui l'aurait amené frauduleusement ou par contrainte à contrevenir. Le fait de la contravention donne par lui-même au créancier les droits consacrés par l'art. 112 ; des cas fréquents d'application de ce texte sont ceux dérivant d'une obligation *de ne pas faire concurrence* à telle personne, dans tel rayon ou dans tel domaine déterminé [1].

Si le créancier ne peut se contenter de la simple allocation d'une indemnité, ou s'il a un intérêt quelconque à ce que ce qui a été fait en contravention soit détruit, il n'a pas « le droit d'en exiger » la destruction, mais il *peut la demander (er kann verlangen*, dit le texte allemand) ; et le juge a de nouveau la faculté, et non pas l'obligation [2], d'ordonner la suppression requise aux frais du débiteur. Au reste, si la suppression a été décrétée, le débiteur peut en outre être condamné à la réparation du préjudice advenu au créancier du chef de la contravention.

Lorsque le droit de suppression est accordé au créancier par le contrat, il n'est plus besoin d'une autorisation supplémentaire de la justice.

127. La *procédure*, dans les deux cas prévus aux art. 111 et 112 *in fine*, est du ressort de la législation cantonale [3].

[1] *A. T. F.* XIII, 522, XV, 351, XVII, 722, XIX, 912, etc. *H. E.* III, 373, VII, 86. — Voir ad art. 17 et n° 455.

[2] *H. E.* II, 294.

[3] Cfr. *A. T. F.* XVI, 804, XVII, 105, XIX, 400.

§ 2. *Conditions et étendue de la responsabilité du débiteur.*

128. Le Code fédéral présume, nous le savons, que l'inexécution ou l'exécution imparfaite de l'obligation est imputable au débiteur, sauf preuve du contraire à fournir par ce dernier. Il est nécessaire d'insister sur ce point, au vu de la rédaction peu claire des art. 110 et s. Mais l'inexécution n'est pas imputable à celui-ci, à raison de son simple fait, et en dehors même de tout *dol* ou de toute *négligence* de sa part (cfr. toutefois art. 112). C'est ce que nous enseigne l'art. 113 : *En général, le débiteur est tenu de toute faute. Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière du contrat. Elle doit notamment être appréciée avec moins de rigueur, lorsque le contrat n'a pas pour but de procurer un avantage au débiteur* (cfr. art. 321, 392, 475). Le débiteur est tenu de « *toute faute* », soit de tout fait ou de toute omission non justifiée, qui lui est imputable (cfr. en outre art. 115) et qui est la cause de l'inexécution. Notre Code ne distingue pas entre faute grave et faute légère : la mesure de la responsabilité incombant au débiteur est librement fixée par le juge auquel le législateur ne donne que des directions générales. On rencontre encore des prescriptions spéciales sur l'étendue de la responsabilité contractuelle aux articles déjà rappelés sous n° 124 et aux art. 220, 283, 396, 400, 477, 538, 673 et s.

129. Si la distinction entre faute grave et faute légère est abandonnée à l'art. 113, elle réapparaît à l'art. 114. On sait que la faute grave *(culpa lata)* suppose chez celui qui la commet une négligence inexcusable, une ineptie caractérisée, et on l'assimile presque au dol *(culpa dolo proxima)*, — tandis que la faute légère *(culpa levis)* est celle que ne commettrait pas un bon père de famille, un homme agissant avec une diligence moyenne, avec, disait Pothier, « le soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs affaires. »

Le principe de la liberté des conventions n'est pas absolu ; la loi y déroge toutes les fois que l'intérêt public le commande, ou même lorsque l'équité le veut. Or elle ne permet ni ne peut permettre une stipulation qui tendrait à accorder à l'une des parties le droit de manquer, de propos délibéré, à des engagements formels et de se prévaloir en quelque sorte de sa faute. De là notre art. 114 : *Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance*[1] *le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de*

[1] Mais on peut renoncer à une action du chef d'un dommage déjà subi ; cfr. cependant, loi féd. du 26 Avril 1887, art. 9.

faute grave. — Le juge peut même, selon les circonstances (nach billigem Ermessen), tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, lorsqu'il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service (cfr. art. 10 de la loi féd. de 1881 sur la respons. civ. des fabricants), *ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité*, — comme c'est le cas, en droit fédéral, pour les entreprises de transport par chemins de fer et bateaux à vapeur, ou, d'après le droit cantonal, pour certaines professions comme celles de notaire, avocat, aubergiste, etc.

130. Nous retrouvons, en matière de faute contractuelle, une disposition qui rappellera celle de l'art. 62, au chapitre de la faute aquilienne. On n'a pas oublié, qu'en vertu de l'art. 62, le maître ou le patron est responsable du dommage causé par ses ouvriers ou employés dans leur travail, à moins qu'il ne justifie avoir pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir ce dommage (cfr. en outre art. 61). Le bénéfice de cette preuve libératoire est refusé dans les cas de responsabilité indirecte dérivant de rapports contractuels; ici, le débiteur est tenu absolument du préjudice occasionné par la faute de ses employés ou ouvriers, ou des membres de sa famille placés sous son autorité, et il ne saurait se soustraire à cette obligation en établissant qu'il n'a personnellement commis aucune faute dans le choix des uns, ou la surveillance des autres, ou les mesures commandées par la prudence[1]. MM. Schneider et Fick donnent l'exemple suivant, qui marque bien la différence entre les deux cas : un voiturier entreprend le transport, pour une fabrique, d'une certaine quantité de houille ; il confie cette besogne à un domestique qui se met en route avec deux voitures pesamment chargées ; arrivé à une descente, le conducteur des attelages néglige d'enrayer et l'une des voitures va rouler au fond d'un précipice après avoir écrasé un enfant qui se trouvait sur le chemin : le voiturier peut (art. 62) échapper à l'action du père de l'enfant envers lequel il y a une faute aquilienne commise, tandis qu'il doit forcément des dommages et intérêts au propriétaire de la fabrique pour la houille perdue par suite d'une faute contractuelle (art. 115).

Le débiteur, prescrit l'art. 115, *répond de la faute commise par ceux des membres de sa famille* (le texte allemand dit aussi : *Familienangehörige*, en sorte que l'art. 115 a, sur ce point, un sens plus restreint que l'art. 61[2]) *qui sont placés sous son autorité, par ses employés ou par ses ouvriers* (naturellement, dans l'exercice de leurs attributions et non point, d'ailleurs, par toutes autres per-

[1] A. T. F. XVI, 560 : *Hafner*, ad art. 115, note 2 *b*.

[2] Voir une comparaison entre ces textes, dans A. T. F. XVI, 384 et s.

sonnes dont il utiliserait les services; voir en outre art. 351 al. 2, 397 al. 1. 459; cfr. art. 278 C. civ. all.). *Les personnes morales qui exercent une industrie répondent de même des fautes commises par leurs représentants, employés et ouvriers dans l'exercice de leurs fonctions ou emplois* (cfr. loi féd. sur les transp. par chem. de fer, art. 4, 29, loi féd. sur la respons. des entreprises de chem. de fer. art. 3. et loi féd. sur la respons. civ. des fabricants. art. 1. al. 2). La responsabilité statuée par ces textes est *absolue*, sous réserve du 2[me] alinéa, ainsi que nous l'avons constaté plus haut; le débiteur est tenu des fautes visées par l'art. 115, al. 1. comme de sa propre faute, et il n'a pas la faculté d'entreprendre une preuve libératoire, analogue à celle des art. 61 et 62. Cependant le 2[me] alin. du même article dispose : *Le débiteur peut s'exonérer en tout ou en partie, par une convention préalable, de la responsabilité qu'il encourt à raison de la faute des personnes susnommées. Mais, si le créancier, lorsqu'il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement que de la responsabilité découlant d'une faute légère* (cfr. art. 114), — quoique le juge n'ait pas la faculté, comme dans l'espèce de l'art. 114, de « tenir pour nulle » une clause plus étendue. Quant aux entreprises de transport par chemins de fer et bateaux à vapeur et aux fabricants, ils ne peuvent se libérer d'avance de cette responsabilité, même pour les cas de faute légère de leurs employés et ouvriers; cfr. art. 888, ainsi que loi féd. du 1[er] Juillet 1875, art. 12, loi féd. du 25 Juin 1881, art. 10 (voir également loi féd. du 26 Avril 1887, art. 8 et 9, alin. 2[1]).

131. En ce qui concerne l'*étendue* de la réparation, notre Code se rapproche des règles du droit français, en laissant toutefois une liberté plus grande au juge. Il est évident d'abord que le créancier ne peut réclamer des dommages et intérêts, que s'il a éprouvé un préjudice par suite de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de l'obligation. Les dommages et intérêts comprendront, d'une manière générale, la perte subie *(damnum emergens)* et le gain non réalisé *(lucrum cessans)*. Un exemple : L'impresario X. annonce à Berne un concert donné par la célèbre cantatrice Y. qu'il a engagée; il fait des frais de réclame, de location d'une salle, etc., et le concert ne peut avoir lieu parce que M[lle] Y. a manqué à sa parole. L'indemnité due à X. s'entendra des dépenses faites sans résultat et du gain que, tous frais déduits, il aurait vraisemblablement re-

[1] Mais, en principe, les conventions ou transactions *postérieures* à l'accident sont licites, sous réserve des art. 8 et 9, alin. 2, de la loi de 1887 (*A. T. F.* XV, 599, XVI, 834, etc.).

tiré. Ceci n'est cependant pas consacré formellement par notre Code, dont l'art. 116 dispose : *Les dommages et intérêts dus par le débiteur comprennent en tout cas* (donc, au minimum) *le préjudice qui a pu être prévu, au moment du contrat, comme une conséquence immédiate de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de ce contrat* (voir des prescriptions spéciales sur la matière aux art. 194, 220, 241, 242, 253, 292, 310, 346 al. 3, 368 al. 2, 369, 457, 458, 837). — *Il appartient au juge d'évaluer le dommage en tenant compte des circonstances* (al. 1 et 2[1]).

Le minimum des dommages et intérêts est fixé par l'art. 116 al. 1 pour les cas les plus favorables; s'il y avait une faute imputable aussi au créancier, le juge, auquel la loi laisse d'ailleurs beaucoup de latitude, devrait appliquer un mode de réduction analogue à celui établi à l'art. 51 al. 2: s'il y avait concours de la faute du débiteur et d'un cas fortuit, il conviendrait également de réduire l'indemnité[2]. La solution de notre Code est fort juste, car l'obligation de réparer le préjudice advenu au créancier résulte, en quelque sorte, d'une convention tacite dans laquelle on n'a pu faire rentrer que les dommages et intérêts qu'il a été possible de prévoir au moment du contrat. Dans les cas défavorables, nous avons l'art. 116 al. 3, dont voici la teneur : *En cas de faute grave* (et, à plus forte raison, de *dol) il lui* (au juge) *appartient également d'apprécier s'il y a lieu d'accorder de plus amples dommages et intérêts*[3] *que ceux qui sont déterminés au premier alinéa du présent article*, — sans, au surplus, que l'art. 55 soit applicable par analogie et qu'une réparation du tort moral puisse être exigée[4]. Le montant de l'indemnité ne devra néanmoins jamais dépasser le montant de la perte que le créancier a subie et du gain dont il a été privé comme conséquence immédiate et directe de l'inexécution du contrat, — qu'on ait, au reste, pu le prévoir ou non, au moment où la convention s'est formée. Supposons que X. vende à Y. une vache qu'il savait atteinte d'une maladie contagieuse; il a dissimulé l'état de l'animal vendu et celui-ci, mis en contact avec le bétail de l'acheteur, communique sa maladie à l'écurie tout entière, qui périt. X. répondra de tout le préjudice qui sera la conséquence *directe* de son dol, soit de la perte de tous les animaux de Y., — tandis que, s'il n'était coupable ni de dol ni de faute grave, il n'aurait à réparer que la perte de l'animal vendu, et encore (cfr. art. 243 et s.). Il n'y a plus.

[1] *A. T. F.* XV, 358, 771, XVI, 364, XVIII, 818, XIX, 932, XXIV, 195, 593, etc Cfr. pour les cas spéciaux, *ibid.* XVIII, 817 (vente), XV, 382 (bail), XVI, 386, 762 (louage d'ouvrage), XVI, 207 (louage de services), XVI, 364 (sociétés).

[2] *A. T. F.* XV, 358, XVI, 387.

[3] *J. d. T.* XLI, 224 (par ex., en cas d'atteinte portée au crédit): cfr. *A. T. F.* XIX, 189.

[4] *A. T. F.* XIX, 912.

ici de convention tacite, comme dans l'espèce de l'art. 116 al. 1, ensorte qu'il ne peut plus être question des dommages et intérêts « prévus », mais de toutes les suites immédiates et directes de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite, à l'exclusion, cela va sans dire, des suites éloignées ou indirectes et qui ont d'autres causes. La réparation ne s'étend, du reste, on l'a vu, qu'au préjudice matériel, et non pas au *tort moral;* jurisprudence et doctrine se prononcent dans ce sens (voir p. 176, note 4, et *Hafner*, ad art. 116).

SECTION TROISIÈME

De la demeure du débiteur.

§ 1. *Dispositions générales.*

132. Les *conséquences* de la faute et de la demeure ne sont point pareilles et ces deux notions ne sont pas identiques, même quant à leurs effets. La *demeure* est une faute *sui generis* consistant dans le *retard* apporté à l'exécution de l'obligation, et l'art. 117 de notre Code est conçu de telle sorte que tout défaut d'exécution à l'échéance implique, nécessairement et par lui-même, la demeure du débiteur. Il n'est pas besoin, en principe, d'une autre faute que celle dérivant du retard dans l'exécution pour que le débiteur soit exposé aux effets de la demeure tels qu'ils sont fixés aux art. 118 et s., car l'art. 117 n'exige pas le concours d'une faute avec le retard; la loi parle expressément de la faute (cfr. art. 118, 121, 124, 125) dans les cas où celle-ci doit entrer en ligne de compte et l'art. 119 laisse complètement de côté la question de la faute concomitante. Mais souvent la demeure s'aggravera d'une faute (par ex. B. a loué et délivré à C. la ferme qu'il avait d'abord louée pour la même époque à D., et il ne peut s'exécuter envers ce dernier parce qu'il s'est mis sans droit dans l'impossibilité de délivrer le bien loué au terme convenu); nous verrons bientôt ce que prescrit notre Code dans une semblable hypothèse.

Il est bien entendu, au surplus, que la demeure des art. 117 et s. s'entend uniquement de la *mora solvendi*, même dans les hypothèses des art. 122 et s.; s'il y avait *mora accipiendi*, demeure du créancier, fût-ce dans un contrat bilatéral, l'art. 106 est applicable et sauvegarde suffisamment les droits de l'autre partie.

133. L'art. 117, que nous transcrivons ci-après, est inintelligible dans sa traduction française : *Le débiteur d'une dette échue*

(sic) *est constitué en demeure par l'interpellation*[1] *du créancier.* — *Lorsque le jour du paiement a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement*[2] *régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour*[3]. Quelle est la clef de ce rébus[4]? Dans le cas de l'art. 117 al. 1 — dettes « *échues* » — le débiteur n'est constitué en demeure que par une préalable interpellation; dans l'espèce de l'art. 117 al. 2 — dettes *échues* également, puisqu'il s'agit de dettes avec « jour de paiement déterminé d'un commun accord », etc., — la demeure est encourue par la seule arrivée du terme. Donc deux solutions différentes pour une seule et même espèce. Si nous consultons le texte allemand, nous voyons que le 1er al. de l'art. 117 se rapporte aux dettes *fällig*, le second aux dettes *verfallen*, et nous comprenons tout de suite. On sait que toute dette échue est en même temps exigible, mais que toute dette exigible n'est pas échue; spécialement, les dettes dont le terme n'a pas été fixé par les parties ou ne résulte pas de la nature de l'affaire (cfr. art. 86) sont bien exigibles — *quod sine die debetur statim debetur,* — mais l'échéance ne s'en produit que par l'interpellation du créancier. Or l'art. 117 al. 2 vise les obligations portant une échéance, les obligations à terme, tandis que le 1er alinéa du même article concerne les obligations dont le terme n'est pas déterminé et qui sont seulement exigibles. Il aurait fallu dire à l'art. 117 : « Le débiteur d'une dette *exigible* (et non point « échue ») est constitué en demeure »... On a confondu les expressions allemandes *fällig* (exigible) et *verfallen* (échu), et la même erreur a été commise aux art. *131 al. 1, 136, 224 al. 1, 503* et *509 al. 1*. Prenons un ou deux exemples :

1° Je vous prête 100 fr., sans terme de remboursement; cette créance est immédiatement exigible, mais l'échéance n'en peut être constituée que par une interpellation du créancier, verbale ou écrite; cette interpellation provoque en outre la demeure du débiteur, une fois que le jour où elle a été faite est expiré (art. 117 al. 1). Au demeurant, ce texte concerne non seulement les dettes exigibles, mais toutes autres obligations parvenues à leur échéance, qu'elles soient liquides ou non[5].

2° Dans l'espèce du 2me al. de l'art. 117, notre loi déroge au Code Napoléon, qui demande, sauf une clause expresse portant que le

[1] *H. E.* XIII, 308 (le simple envoi d'une *facture* ne constitue pas une interpellation). Cfr. *A. T. F.* XVIII, 819.

[2] *A. T. F.* XV, 868, XVI, 164, XVIII, 819.

[3] *A. T. F.* XX, 1018 et s.

[4] *Critique*, etc., déjà cité par M. F.-H. Mentha.

[5] *R. j. f.* XIX, 47 (arrêt du T. F. du 20 Oct. 1900).

débiteur est en demeure par la seule échéance du terme, une sommation préalable pour que la demeure soit encourue. Nous avons adopté la règle romaine : *dies interpellat pro homine*, qui transforme de plein droit, en matière de dettes échues, le retard en demeure :

a) Je vous prête 100 fr. remboursables le 1er Mars 1905; si vous ne m'avez pas payé à cette date, vous êtes en demeure par sa seule expiration, sans que j'aie à vous interpeller encore ou à vous sommer.

b) Je vous prête 100 fr. remboursables à réquisition, moyennant un mois d'avertissement; je vous avertis le 1er Février 1905, l'échéance tombe sur le 1er Mars suivant, vous êtes en demeure si vous n'avez pas payé pendant la journée du 1er Mars.

Mais le 2me alinéa de l'art. 117 ne concerne pas uniquement les *Fixgeschäfte* de l'art. 123; il est d'une application plus large, ainsi que cela résulte de son texte[1]. Et l'avertissement prévu dans le cas de ce 2me alinéa peut être combiné avec la sommation de l'art. 122, sans qu'il soit besoin de les faire séparément[2].

§ 2. *Des effets de la demeure*[3].

134. La demeure du débiteur entraîne certaines conséquences[4], que nous essaierons d'abord de caractériser en termes généraux. Voici les trois hypothèses qui peuvent se présenter :

1° Par la seule demeure, abstraction faite d'une faute, le débiteur s'oblige au paiement d'*intérêts moratoires* (cfr. art. 119) ; et celle des parties envers laquelle l'autre n'a pas exécuté obtient, dans les contrats bilatéraux, le *droit de faire résilier* sous les conditions de l'art. 122 ; voir en outre art. 123 et 125.

2° La partie qui n'est pas en demeure ne peut réclamer des *dommages et intérêts au delà des intérêts moratoires* en matière de *dettes d'argent* (cfr. art. 121), ou des *dommages et intérêts lors de la résiliation du contrat*, que si elle établit, elle, que son co-contractant s'est trouvé en demeure par sa *faute* (cfr. art. 124, 125).

[1] *A. T. F.* XV, 304.

[2] *A. T. F.* XV, 368, XXIX[2], 265.

[3] *Haberstich*, I, 228 et s. *Schneider et Fick*, 245, et s. *Hafner*, 41 et s. *Ueber das Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Schuldverträgen nach art. 122-125 O. R.*, par F. Schindler, Zurich, in-8°, 1886. — Voir note en tête du présent chapitre.

[4] Les effets de la demeure ne sont point suspendus par le *service militaire* (*H. E.* XIV, 122).

3° Le débiteur en demeure ne répond des *cas fortuits*, et dans l'éventualité de la non-résiliation du contrat, ne doit des *dommages et intérêts* pour cause d'exécution tardive, que s'il ne réussit pas à prouver qu'il a été constitué en demeure sans aucune *faute* de sa part (art. 118, 110, 116), ou encore, s'il s'agit d'un cas fortuit, que la chose due en aurait été atteinte au détriment du créancier, même si l'exécution avait eu lieu à temps.

Nous allons reprendre tout ceci par le menu et nous ajoutons que les effets de la demeure s'apprécient selon la loi à laquelle le contrat lui même est soumis[1].

135. Le débiteur qui est en demeure s'expose, par le *seul fait de sa demeure :*

1° A payer des *intérêts moratoires* à l'égard des *dettes d'argent*. C'est ce que nous apprend l'art. 119, ainsi conçu : *Lorsqu'il s'agit du paiement d'une somme d'argent, le débiteur qui est en demeure doit les intérêts moratoires à cinq pour cent l'an* (cfr. art. 768, 827), *encore qu'un taux inférieur ait été fixé pour les intérêts conventionnels. — Si le contrat stipule* (cfr. art. 334), *directement ou sous la forme d'une provision de banque périodique, un intérêt supérieur à cinq pour cent, cet intérêt plus élevé peut être également exigé du débiteur en demeure. — Entre commerçants, tant que l'escompte dans le lieu du paiement est à un taux supérieur à cinq pour cent, les intérêts moratoires peuvent être calculés au taux de l'escompte.* Ainsi, dès que le débiteur est en demeure[2], et en admettant que des intérêts aient été convenus sous une forme ou sous une autre, ou soient dus ensuite d'un usage s'appliquant en l'espèce, il doit les intérêts moratoires au cinq pour cent, ou à un taux supérieur lorsque c'est un taux supérieur qui est fixé ou en usage; si la créance ne portait pas intérêt, les intérêts moratoires n'en seraient pas moins dus au cinq pour cent dès la demeure, sauf dans les cas de l'art. 120 ainsi rédigé : *Lorsque le débiteur est en demeure pour le paiement d'intérêts ou arrérages, ou d'une somme dont il a fait donation, il ne doit les intérêts moratoires qu'à partir du jour* (non de la demeure, mais) *de la poursuite ou de la demande en justice* (cfr. art. 335 al. 2). — *Toute stipulation contraire s'apprécie d'après les règles concernant la clause pénale* (cfr. art. 180 et s.). Faut-il entendre par « intérêts ou arrérages » toutes les redevances périodiques ? Le texte allemand parle de *Zinsen irgend welcher Art*, ensorte que, d'après MM. Hafner et Schneider et Fick, notre article comprendrait aussi les loyers (Mieth*zins*), les fermages (Pacht*zins*), etc., en sus des arrérages de rentes, mais non les intérêts

[1] Cfr. *A. T. F.* XVI, 792.
[2] *A. T. F.* XVI, 164, XVIII, 819.

d'actions, ceux-ci n'étant en réalité que des dividendes, des parts de bénéfices. La question est douteuse. Cependant le danger auquel le législateur a voulu parer n'existe guère qu'à l'égard des *intérêts et arrérages*, dans le sens restreint de ces mots, que les intérêts soient au reste conventionnels ou légaux. L'*anatocisme*, l'intérêt des intérêts, est autorisé en principe (cfr. art. 335); s'il est stipulé, et non plus encouru *de lege*, et qu'il aille au delà de ce qui est permis à l'art. 120 al. 1, il peut être réduit par le juge en conformité de l'art. 182, applicable par analogie.

Les intérêts moratoires sont dus, ne l'oublions pas, *abstraction faite de toute faute du débiteur* et quand bien même celui-ci justifierait qu'il s'est trouvé en demeure à raison de circonstances rendant son retard parfaitement excusable.

2° A voir *résilier le contrat* par l'autre partie (pacte commissoire tacite). Nous devons distinguer ici les trois cas des art. 122, 123 et 125, en faisant observer que ces dispositions légales s'appliquent *indépendamment de toute faute du débiteur*, par le seul motif que ce dernier est constitué en demeure et même s'il y avait force majeure :

a) *Contrats bilatéraux*. Nous possédons sur ce point l'art. 122, qui, d'ailleurs, est déterminant non seulement lorsqu'une des parties est en demeure au sujet d'un point essentiel de la convention, mais aussi lorsqu'elle est *in mora* sur un point quelconque, même secondaire, présentant un intérêt réel pour l'autre contractant[1] : *Lorsque, dans un contrat bilatéral* (cfr. notamment l'exception, en matière de *vente*, de l'art. 264), *l'un des contractants est en demeure, l'autre partie a le droit* (non pas l'obligation) *de lui fixer ou de lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable, en le prévenant que, faute par lui de s'exécuter, le contrat se trouvera résilié à l'expiration du délai*[2]. La demeure de l'un des contractants engendre par elle-même, au profit de l'autre, un droit de résilier sous les conditions exprimées par la loi. Si le contrat bilatéral est de telle nature, que l'une des parties soit mise en demeure par la seule échéance du terme (art. 117 al. 2), il faudra nécessairement une sommation écrite ou verbale — la forme écrite étant préférable au point de vue de la preuve — pour que la résiliation se produise à l'expiration du délai fixé. Mais si la demeure n'est encourue qu'à la suite d'une interpellation (art. 117 al. 1), cette interpellation ne suffit pas pour qu'il soit satisfait à l'art. 122; une sommation simultanée[3] (on peut donc combiner l'in-

[1] *J. d. T.* LII, 481 et s. (arrêt du T. F., du 23 Janvier 1904).

[2] *A. T. F.* XIV, 108, XV, 868, XVI, 798, XVIII, 846, XIX, 903, 932, etc. Cfr. art. 277, 287, 297, 312, 354, 380.

[3] *A. T. F.* XV, 868; cfr. *J. d. T.* LII, 169 (arrêt du T. F. du 3 Avril 1903).

terpellation de l'art. 117 al. 1 avec la procédure indiquée par l'article 122), ou subséquente, est nécessaire, avec fixation d'un « délai convenable » pour s'exécuter et menace de résiliation. Quant à la fixation du délai, il sera prudent de s'en remettre à la décision de l'autorité (cantonale) compétente; si elle émane de la partie intéressée, l'adversaire pourra toujours formuler des critiques, prétendre que le délai était trop court, tandis que le délai déterminé par l'autorité couvre absolument celui des co-contractants qui invoque l'art. 122[1]. Au surplus, la sommation prévue en cet article devient inutile, si l'on s'est déjà heurté à un refus catégorique ou s'il ressort des déclarations mêmes de la partie contre laquelle la résiliation est provoquée qu'elle n'est pas en mesure de tenir ses engagements[2]. Et enfin, l'obligation de fixer un délai laisse supposer que la partie tardive pourra exécuter le contrat durant un laps de temps convenable. Le mot « convenable » ne s'interprétera pas seulement en considération du délai nécessaire au débiteur, mais aussi eu égard aux intérêts du créancier. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a reconnu, le délai de l'art. 122 est un court délai. Or s'il est à prévoir que, pendant sa durée, l'exécution ne pourra être obtenue, la fixation d'un pareil délai n'a aucun sens et le créancier peut tenir le contrat pour immédiatement résilié, tout comme si le débiteur déclarait d'avance qu'il ne peut exécuter la convention[3]. Mais les juges auront à apprécier, le cas échéant, si les choses se présentaient bien ainsi et si le créancier n'a pas arbitrairement renoncé à l'observation stricte de l'art. 122.

Si, au lieu d'être en demeure pour le tout, l'une des parties n'exécute que *partiellement* ou *imparfaitement* — par exemple, l'appartement loué est humide, mais il n'offre que cet inconvénient, — il peut se présenter deux alternatives : ou bien l'exécution partielle ou imparfaite n'est pas acceptée et la situation est la même que s'il n'y avait pas eu commencement d'exécution; ou l'exécution partielle ou imparfaite est acceptée, et alors le débiteur n'est en demeure que pour le surplus, n'est exposé que dans ces limites aux effets de la demeure, notamment au droit de résiliation. Ceci découle du texte même de l'art. 122, dont les termes sont bien moins généraux que ceux de l'art. 1184 C. civ. fr.

Notre Code a *dérogé* maintes fois au principe de l'art. 122 et accordé un droit de résiliation basé sur la seule inexécution ou exé-

[1] *A. T. F.* XXI, 231 et s. (la mise en demeure est suffisante, même si elle émane d'une autorité incompétente, pourvu qu'elle soit parvenue à la connaissance de l'autre partie et que le délai ait été convenable); cfr. cependant, *ibid.* XXIII, 1779 et s.

[2] *A. T. F.* XIV, 108, XXII, 507 et s., 1189 et s.; cfr. *Zeitsch. des b. J. V.* XXXII, 86.

[3] *A. T. F.* XIX, 903.

cution imparfaite, sans sommation préalable et fixation de délai, ainsi aux art. 123, 125, 234, 242, 249 et s., 263, 264, 326, 332, 358, 359, 364 al. 3, 366, 369, 478, 547; il a *appliqué* le principe de l'art. 122, dans sa partie spéciale, aux art. 277, 278, 283, 287, 288, 297, 312, 313, 354, 355, 380. Ajoutons que lorsque l'inexécution implique déjà, à elle seule et de fait, une véritable annulation du contrat, — la maison louée est incendiée, par exemple, — l'autre partie peut se désister sans sommation préalable; et l'art. 122 est sans objet.

Il faut de plus, pour qu'un des contractants puisse se prévaloir du dit article, qu'il soit en état de prouver qu'il était prêt à exécuter les obligations à sa charge; et il est évident aussi que la résiliation se produit de *plein droit*, sans qu'il soit besoin de la faire prononcer en justice, après l'expiration du « délai convenable », à la seule condition que la partie en demeure ait été sommée et menacée de résiliation faute d'exécution.

b) *Fixgeschäft*[1] du droit allemand (cfr. art. 1146 *in fine* C. civ. fr.). L'art. 123, qui traite de cette matière, dispose ce qui suit : *S'il résulte du contrat* (bilatéral) *que, d'après l'intention des parties, l'obligation devait être exécutée à une époque déterminée, ni plus tôt ni plus tard, ou dans un délai fixé et non plus tard, la partie envers laquelle l'obligation n'est pas acquittée à l'époque convenue ou dans le délai voulu, peut se départir du contrat sans autre formalité* (cfr. art. 234, 263, etc.); — c'est-à-dire sans sommation préalable. Si, devant partir tel jour, à une heure de l'après-midi, je loue une voiture pour le jour et l'heure indiqués, je pourrai me départir du contrat dans l'éventualité où la voiture ne me serait pas fournie à temps. Ou bien, je loue, pour le jour de la clôture de la chasse, un chien qu'on m'amène à une heure tardive de la journée, ou le lendemain; je puis également tenir le contrat pour non avenu. Mais il est clair que, pour qu'il y ait un *Fixgeschäft*, il faut que, d'après la nature des choses ou l'intention présumable ou déclarée des parties, le moindre retard autorise celui des contractants envers lequel l'obligation devait être exécutée, à ne plus respecter la convention; il faut en outre que le moment de l'exécution soit bien déterminé, et qu'on n'ait pas consenti à le modifier, mais il n'est pas nécessaire, à l'opposé de ce que décide la jurisprudence allemande, que les parties aient employé, pour marquer le caractère de *Fixgeschäft* du contrat, des expressions comme « au plus tard », « sans faute » ou autres analogues. Le juge est absolument libre (cfr. art. 16) d'interpréter les termes dont les parties auront fait usage. Nous renvoyons pour les différences existant entre

[1] *A. T. F.* XIII, 68, XV, 868, XVI, 798, etc.

les art. 123 et 234 (vente commerciale à terme fixe) aux explications fournies sous nº 298.

c) *Obligation devenue inutile pour le créancier.* Nous avons à l'art. 125[1] une espèce, qui se rapproche assez de celle dont nous venons de nous occuper : *Lorsque, par le fait de la demeure du débiteur, l'obligation* (ou plutôt, l'exécution — *die Leistung) est devenue sans utilité pour le créancier, celui-ci peut en refuser l'exécution de la part du débiteur, retenir ce qu'il avait à lui payer de son côté, ou le répéter s'il l'a déjà payé, et demander. en outre, des dommages et intérêts s'il justifie que le débiteur est en faute* (cfr. art. 124).

Cette disposition légale, qui, comme les précédentes, ne s'applique qu'aux contrats bilatéraux. suppose la demeure de l'une des parties et admet, pour l'autre, la faculté de se départir de la convention, « en en refusant l'exécution de la part du débiteur ». Cependant le droit de se départir du contrat n'est acquis que sous une condition : c'est que l'exécution soit devenue *inutile*, parce que tardive, pour le créancier, et ne réponde plus au but que les parties avaient en vue, peu importe d'ailleurs que cette inutilité soit, ou non, connue du débiteur. Si le contrat est un *Fixgeschäft* de l'article 123, la seule demeure conférera au créancier la faculté de s'en départir et il n'y aura pas lieu d'invoquer l'art. 125; mais si le contrat n'est pas destiné à être exécuté à terme fixe, « ni plus tôt, ni plus tard », s'il rentre dans la catégorie générale des contrats visés par l'art. 122, le créancier ne sera pas obligé de suivre la procédure de ce dernier article pourvu que l'exécution de l'obligation n'ait plus d'intérêt pour lui, et il sera fondé à résilier sans autre formalité.

Nous n'avons pas insisté sur la fin de l'art. 125, car nous voyons à l'art. 124 quelles sont les *conséquences de la résiliation*, ces conséquences étant les mêmes dans les trois cas des art. 122, 123 et 125 : *Dans les cas prévus aux art. 122 et 123* (même solution pour l'art. 125), *la partie qui se départ du contrat peut demander la restitution de ce qu'elle a payé et, de plus, des dommages et intérêts si elle justifie que l'autre partie est en faute.* La loi veut être précisée; les effets de la résiliation sont (cfr. art. 325 C. civ. all.: « L'autre partie peut demander des dommages et intérêts à raison de l'inexécution.. *ou* résilier ») :

1º D'abord, le contrat est désormais non avenu, ensorte que l'exécution n'en peut plus être réclamée par l'une ou l'autre des parties; la résiliation ne produit, au reste, *pas d'effet rétroactif.* Nous constaterons plus loin que le créancier a le choix, en cas de faute du débiteur, entre les art. 110 et s. et 122 et s., mais nous n'envisageons encore ici que l'hypothèse de la résiliation.

[1] *A. T. F.* XVIII, 846.

2° Ensuite, si le contractant autorisé à résilier a déjà exécuté le contrat ou commencé à l'exécuter, il peut réclamer la restitution de ce qu'il a payé, que l'autre partie soit ou ne soit pas en faute, et peu importe qu'elle soit encore enrichie ou non à l'époque de la restitution. La restitution s'effectuera en nature, si elle est possible sous cette forme et, éventuellement, contre bonification de la plus-value résultant des impenses utiles et nécessaires, sinon par équipollent; elle comprendra nécessairement les fruits perçus dans l'intervalle par le débiteur et ceux qu'il aurait négligé de percevoir : il les devra en entier s'il n'établit pas qu'il s'est trouvé en demeure sans faute de sa part et, s'il apporte cette preuve, il n'en sera tenu que dans la mesure où il est enrichi.

3° Enfin, si le créancier a éprouvé un préjudice supérieur à celui couvert par la restitution, et *s'il justifie que le débiteur est en demeure par sa faute* (cfr. art. 110, 113, 115, 124), — cette faute consisterait déjà dans une négligence, une imprudence, ou même dans le fait de refuser sciemment l'exécution du contrat[1], — il peut exiger *en outre* des dommages et intérêts (cfr. art. 116). Le législateur a dérogé sur ce point au principe de l'art. 110, quant à la preuve de la faute; cette solution, qui sera loin d'être équitable dans maintes circonstances, ne saurait être approuvée. La réparation du dommage s'entend du *dommage abstrait*, soit, par exemple, de la différence existant entre le prix de vente convenu et celui qu'atteindrait la chose au moment où la livraison aurait dû être effectuée[2].

4° Le tout sous réserve de déduire la valeur de ce que la partie en demeure aurait payé ou fait elle-même, en cas d'exécution incomplète.

135 *bis*. La partie envers laquelle le contrat n'est pas exécuté, dans les cas des art. 122, 123, et même 125, peut-elle, dès que le terme fixé pour l'exécution est expiré, intenter directement une action en dommages et intérêts contre son co-contractant, en la faisant dériver de la seule inexécution et en établissant simplement qu'un préjudice lui a été causé? Elle ne se départirait point du contrat, formellement; elle n'actionnerait qu'en indemnité. La question est douteuse, au vu de l'art. 124. Mais nous la trancherions par l'affirmative en vertu des art. 110 et s., car, en pareille occurrence, le demandeur aura le droit et son intérêt pourra lui commander d'invoquer l'inexécution même au lieu de se prévaloir du retard[3].

[1] *A. T. F.* XXIII, 391, XXVI², 130, 136, XXIX², 516 (vente de la chose d'autrui).

[2] Voir, notamment, *A. T. F.* XIX, 932, XX, 1078, XXII, 515, 1203, XXIII², 391, XXV², 66, 400, XXVI², 139, XXIX², 517. — Rappelons la motion Favon relative à la revision de l'art. 121, et le travail que nous avons publié à ce sujet dans la *Zeitsch. für schw. R.*, année 1897, p. 389 et s.

[3] Contra, *R. j. f.* XIV, 126; cfr. *A. T. F.* XXVI², 127 et s., XXVII², 220.

136. Nous avons anticipé plus ou moins sur les effets de la demeure, si elle est le résultat d'une *faute* du débiteur, faute qui est suffisamment prouvée, nous le savons, lorsque le débiteur a expressément déclaré qu'il n'exécuterait pas, lorsque, à dessein, il n'a pas exécuté, lorsque l'impossibilité de l'exécution lui est personnellement imputable, ou même lorsque rien n'établit que la demeure ait sa source dans un fait dont il n'est pas responsable. Ces effets sont :

1° En ce qui a trait aux *dommages et intérêts :*

a) Dans *les cas de résiliation* (art. 122 et s.); nous renvoyons à ce que nous avons exposé ci-dessus à propos des art. 124 et 125.

b) Dans *les cas de non-résiliation et en matière de dettes d'argent,* l'art. 121 nous dit : *Dans les cas où le dommage qu'éprouve le créancier excède la somme représentée par les intérêts moratoires* (cfr. art. 119), *le débiteur est tenu de réparer ce dommage, s'il est prouvé qu'il y ait eu faute de sa part.* Règle bien étrange : c'est au créancier qu'il incombe d'établir la faute du débiteur, quand il ne devrait avoir à prouver que l'existence d'un préjudice supérieur au montant des intérêts moratoires (voir p. 186, note 2). L'indemnité se fixera en application de l'art. 116.

c) Dans *les cas de non-résiliation autres que ceux prévus sous lit. b,* le créancier aura pu :

Ou bien accepter l'exécution tardive, en renonçant, expressément ou tacitement, à toute action en indemnité ;

Ou bien procéder d'après les art. 110 et s., car, en tous cas, si la demeure se complique d'une faute, ces articles sont applicables au choix du créancier, l'exécution tardive étant à tout le moins une « exécution imparfaite ». Mais la réciproque ne serait pas vraie et l'on ne saurait voir un cas de demeure en toute inexécution imparfaite, si bien que, dans ce dernier cas, le créancier ne serait pas fondé à agir en vertu des art. 122 et s.; il en est autrement d'après l'art. 1184 du C. civ. fr. qui admet la résiliation, dans les contrats synallagmatiques, toutes les fois que « l'une des parties ne satisfait pas à son engagement », et c'est bien là la seule solution pratique à laquelle notre jurisprudence sera peut-être conduite, au risque de forcer le texte de la loi (cfr. d'ailleurs art. 241, 242, 249 et s., 277, etc.). Voir nos 135 *bis* et 137.

2° En ce qui concerne les *cas fortuits*[1], on se souvient que le débiteur n'en est pas responsable d'après l'art. 110. Mais s'il est en demeure, sa situation empire à cet égard, ainsi que cela ressort de l'art. 118 : *Le débiteur qui est en demeure répond même du cas fortuit. — Il peut se soustraire à cette responsabilité, en prou-*

[1] *A. T. F.* X, 527.

cant qu'il s'est trouvé en demeure sans aucune faute de sa part ou que le cas fortuit aurait également atteint la chose due au détriment du créancier, même si l'exécution avait eu lieu à temps (cfr. art. 322 al. 3, 470 al. 2, 476 al. 2). Les « cas fortuits » prévus à l'art. 118 sont ceux qui atteignent la chose due pendant la demeure. Le débiteur qui veut s'exonérer de la responsabilité en dérivant doit justifier qu'il a encouru la demeure sans sa faute ou que, même si l'exécution s'était faite à l'échéance, le cas fortuit aurait entraîné la perte ou la détérioration de la chose *pour le créancier,* et notamment que ce dernier ne l'aurait pas aliénée avant l'arrivée du cas fortuit. Ainsi, je vous ai vendu un cheval livrable le 1er Mars 1905; je ne livre pas à la date fixée et je suis en demeure (art. 117 al. 2); le 3 Mars, un incendie se déclare dans mon écurie et le cheval vendu y périt. Je suis tenu, en principe, à des dommages et intérêts, à moins que je ne prouve que, sans motifs légitimes, vous n'avez pas voulu accepter la livraison du cheval, ou qu'un événement de force majeure, indépendant de ma volonté et de ma personne, m'a empêché de livrer en temps utile, — ou que le cheval eût péri entre vos mains, parce que vous ne l'auriez pas aliéné jusqu'au 3 Mars et que, dans cet intervalle, un incendie s'étant déclaré chez vous aussi, tout votre bétail a été détruit. Si le cheval a péri par suite d'un coup de sang, je serai libéré, quoique en demeure, pourvu que j'établisse que le retard dans la livraison ne m'est pas imputable à faute, ou que l'animal eût également péri entre vos mains.

137. Nous revenons, en deux mots, sur une question touchée à la page précédente. Qu'arrive-t-il lorsque le débiteur, au lieu de ne pas exécuter du tout à l'échéance, exécute *imparfaitement* ou *partiellement ?* S'expose-t-il aux effets de la demeure ? Nous avons déjà montré que notre Code résout ce point négativement, et signalé les difficultés pratiques de cette solution. Le débiteur n'encourt les conséquences de la demeure, si l'exécution imparfaite ou partielle n'est pas refusée, — un paiement partiel a été accepté, une partie des services promis a été fournie, etc., — que dans les limites où l'obligation n'est pas exécutée; il n'est pas possible de dire alors qu'il est en demeure pour le tout[1]. En revanche, il sera bel et bien en demeure, et complètement, si l'exécution imparfaite ou partielle est refusée.

---

[1] En sens contraire, *R. j. f.* II, 102.

CHAPITRE III

De l'effet des obligations quant aux tiers.

SECTION PREMIÈRE

De la subrogation.

138. Il conviendrait de rapprocher de l'art. 126, que nous allons étudier, l'art. 185 dont nous parlerons au titre de la *cession*. En attendant, nous n'avons à nous occuper que de la *subrogation*, qui est une combinaison des règles de la cession et du paiement, en ce qu'elle a pour but d'assurer au tiers payant en son nom personnel la créance d'autrui, un recours complet contre le débiteur qui reste tenu de la dette comme si elle n'avait pas été acquittée ; en d'autres termes, le tiers-payant est substitué au créancier dont il exerce les droits.

La subrogation est *conventionnelle* ou *légale*, — conventionnelle quand elle est consentie par le créancier ou par le débiteur, légale quand elle s'opère *ipso jure* en vertu des seules dispositions de la loi. Elle suppose toujours l'intervention d'un tiers-payant étranger à la dette ; la subrogation des *codébiteurs* ou des *cautions* qui désintéressent le créancier est réglée par les art. 79, 168 et 504.

Notre Code *ne traite que de la subrogation légale*. Quant à la subrogation conventionnelle, qu'on trouve, par exemple, aux articles 1249 et 1250 du C. civ. fr., notre loi ne l'a pas admise. En effet, le législateur suisse est parti de l'idée que la cession était le mode ordinaire et régulier de la subrogation d'un tiers aux droits du propriétaire d'une créance; il n'a statué que des exceptions fort rares à ce principe, entre autres celles de l'art. 126, et il serait téméraire, croyons-nous, d'inférer du silence du C. O. sur la subrogation conventionnelle que cette forme de la subrogation est implicitement autorisée. Il y a un intérêt majeur pour le crédit public à ce que le transport des créances s'effectue dans des conditions qui permettent d'en contrôler la sincérité et la loyauté. Et rien ne serait plus facile

que de rendre illusoires certaines prescriptions de la loi, comme celles de l'art. 184 al. 2, en choisissant, au lieu de la cession, le moyen détourné de la subrogation conventionnelle : toutes les fois qu'une cession ne serait pas constatée par écrit, ou serait imparfaite, le cessionnaire aurait le droit d'invoquer la subrogation qu'il réussirait à prouver la plupart du temps[1].

139. Le projet du Code fédéral de 1878 renfermait un art. 134 ainsi conçu : « Le tiers qui satisfait de ses deniers le créancier est subrogé jusqu'à due concurrence aux droits de ce dernier contre le débiteur, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte des circonstances ». La Commission du Conseil national fit observer dans son rapport, que cette rédaction était tellement élastique, « que l'on serait tenté de croire que la disposition... d'après laquelle une cession, pour être valable vis-à-vis des tiers, doit être faite par écrit, pourrait être rendue illusoire par la subrogation légale » ; elle proposa un nouvel article, qui est devenu notre art. 126 dans le texte définitif. Le Conseil national se rangea à la manière de voir de sa Commission et décida d'intercaler un art. 134 *bis* dans le projet, article ainsi formulé : « La subrogation établie par l'article précédent a lieu tant contre les cautions que contre le débiteur ; elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie. En ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ». Cette adjonction ne fut pas adoptée par le Conseil des Etats.

On doit se demander avant tout si le créancier peut être obligé, dans l'un ou l'autre des cas de l'art. 126, d'accepter un paiement partiel de la part du tiers-payant. M. Haberstich estime que les mots « jusqu'à due concurrence » dont s'est servi le législateur emportent une solution affirmative de cette question. L'opinion de M. Haberstich est justifiée, quand le débiteur lui-même est autorisé à effectuer des paiements partiels ; elle ne l'est point dans l'hypothèse contraire (cfr. art. 78). Mais si le débiteur pouvait se libérer partiellement, si, par exemple, un prêt de 9000 fr. était stipulé remboursable par fractions de 3000 fr. en trois ans et à la fin de chacune des trois années, et qu'un tiers payât au créancier la première fraction de 3000 fr., en se trouvant d'ailleurs dans l'une ou l'autre des éventualités de l'art. 126, il serait au bénéfice de la subrogation légale, alors même que le prêt aurait été convenu remboursable par fractions dans le but de rendre de plus en plus efficaces les sûretés attachées à la créance. Nous ne saurions admettre, ici, que le juge ait la liberté, qu'aucun texte ne lui accorde, d'appliquer un principe analogue à celui que consacrait l'art. 134 *bis* des projets, ou à celui

[1] *Zeitsch. d. b. J. V.* XXIX, 551 (mais une reconnaissance de dette avec quittance subrogatoire au profit du créancier poursuivant équivaudrait à une cession).

de l'art. 1252 C. civ. fr.; le législateur a précisément écarté le système de l'art. 134 *bis* et, quelque regrettable que cela soit, cela est. Dès l'instant où la subrogation est autorisée et s'est opérée, le tiers-payant est subrogé « jusqu'à due concurrence » à tous les droits du créancier qui n'est, en matière de gage, pas même protégé par l'article 221 ; car, s'il ne peut être tenu, dans ce cas, de « restituer tout ou partie du gage, tant que la créance garantie ne lui a pas été payée intégralement », il détient désormais le gage aussi bien pour le compte du tiers-payant (cfr. art. 210 al: 1 *in fine)* dont il est le représentant que pour son compte personnel. Encore une fois, ce système est loin d'être heureux; il est celui de la loi : le tiers-payant et le créancier deviennent co-créanciers de la même dette et ils le sont au même titre.

Il n'est pas douteux, d'un autre côté, que, pour que le créancier puisse être astreint à recevoir le paiement de la part d'un tiers, il faut que la créance soit *échue*, ou que le terme soit stipulé ou présumé stipulé (cfr. art. 94) en faveur du débiteur.

140. Arrêtons-nous maintenant à l'art. 126 lui-même : *Le tiers qui paie le créancier est légalement subrogé, jusqu'à due concurrence, aux droits de ce dernier :*

1° *Lorsqu'il rachète un gage par lui constitué pour la dette d'autrui.* A. possède un titre, qu'il remet en nantissement à B. pour garantir la créance de ce dernier contre C., qui fait de mauvaises affaires, ensorte que A. se voit dans la nécessité de payer la dette pour recouvrer son titre : A. est légalement subrogé aux droits de B. contre C.

2° *Lorsque, étant lui-même créancier-gagiste, il paie une autre créance garantie par son gage* (cfr. art. 217), — qu'il soit, au demeurant, créancier-gagiste en premier ou en second rang à l'égard du créancier qu'il désintéresse.

3° *Lorsque le créancier a été prévenu par le débiteur*[1] *que le tiers qui le paie doit prendre sa place.* Aucune forme particulière n'est prévue pour cet avis, qui peut être donné verbalement ou par écrit; mais cet avis, dont la preuve devra, le cas échéant, être faite, est une condition *sine qua non* de la subrogation légale à intervenir. Cette subrogation s'opère de plein droit, même contre le gré du créancier, si celui-ci est du reste tenu d'accepter le paiement offert.

Les cas de subrogation légale sont *limitativement* énumérés aux art. 126, 79, 168 et 504. La subrogation aux droits du créancier a lieu, bien entendu, tant contre les cautions que contre le débiteur, comme aussi en ce qui concerne les droits de gage, de réten

[1] *A. T. F.* XX, 507 et s. (cet avis peut résulter de faits concluants).

tion, d'hypothèque, etc., destinés à garantir la créance, à moins que ces droits, étant de leur nature strictement individuels, ne puissent appartenir qu'au créancier.

SECTION DEUXIÈME

Des promesses et stipulations pour autrui[1].

141. Ainsi que le porte l'art. 1119 C. civ. fr., on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même, tandis qu'on peut parfaitement obliger une autre personne en parlant en son nom à elle, si on a qualité à cet effet, si l'on est, par exemple, son mandataire. La règle de l'art. 1119 précité souffrait déjà une importante exception (art. 1120), qui a été étendue ou du moins renforcée par notre Code. Effectivement, si, d'après l'article 1120 C. civ. fr., le porte-fort ne garantit que la *ratification* de la *promesse* faite au nom d'autrui, ensorte qu'il est libéré dès que le tiers s'est *engagé* à faire ce qui a été promis pour lui, le porte-fort répond, en droit fédéral, de l'*exécution* même de la promesse, si bien qu'il est en réalité une caution du tiers, puisque la caution promet aussi l'exécution de la part du débiteur principal. Mais le cautionnement, qu'on peut considérer comme une variété, un cas spécial, de l'engagement prévu par l'art. 127, — là, contrat de garantie accessoire, ici, *contrat de garantie* principal, — n'est valable que lorsqu'il est constaté par écrit. Il sera souvent difficile, et non moins important au vu de l'art. 491, de savoir si une personne est intervenue dans un acte comme porte-fort ou en qualité de caution. La question se tranchera sans doute d'après le critère suivant : le cautionnement suppose une obligation principale née ou à naître entre un débiteur et un créancier, tandis que, dans l'espèce régie par l'art. 127, le promettant ne garantit au stipulant qu'un simple fait, indépendant de toute obligation du tiers envers la personne à laquelle le fait de ce dernier est promis, et quand bien même une obligation viendrait à se former ultérieurement. Quoi qu'il en soit, d'après l'art. 127, si le tiers au nom duquel le porte-fort a promis ne s'exécute pas, et encore qu'il se soit expres-

[1] *Haberstich*, I, 209 et s. *Jacottet*, 93 et s. *Schneider et Fick*, 258 et s. *Hafner*, 46 et s. *Der Vertrag zu Gunsten Dritter... nach schw. O. R.*, par N. Gömöry, Zurich, in-8°, 1890. A. *Wacre :* Le porte-fort en droit fédéral, Neuchâtel, in-8°, 1898. *J. d. T.*, année 1893, p. 465 et s., LII, 489 (arrêt du T. F.. du 23 Janvier 1904). *A. T. F.* XVII, 703, XXV², 852; *Zeitsch. d. b. J. V.* XXXIX, 760 et s.

sément ou tacitement obligé à exécuter, le porte-fort doit des dommages et intérêts. N'oublions pas que le contrat de porté-fort est de droit fédéral, même si le fait promis consistait, par exemple, dans l'achat d'un immeuble[1].

Voici, au surplus, le texte de l'art. 127 : *Celui qui promet le fait d'un tiers* (exécution d'une obligation ou autre « fait », tel que la conclusion d'un contrat, ou, même, sous certaines conditions, paiement d'une somme d'argent[2]), *est tenu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part de ce tiers* (cfr. art. 116; voir aussi l'art. 492, al. 3, où il s'agit moins d'un cautionnement que d'un porté-fort, d'après la distinction ci-dessus établie). A. promet à B. que C. lui vendra une certaine quantité de marchandises; B. compte sur cette promesse, que C. n'exécute point, et il éprouve de ce chef un préjudice : A., porte-fort, est tenu de l'indemniser, et il y serait même obligé si C. ayant ratifié la promesse de A., s'étant engagé à livrer mais ne l'ayant pas fait, ne se trouvait pas en état de dédommager B. de la perte éprouvée. L'action de B. contre A. se prescrit par *dix ans*. L'art. 127 suppose d'ailleurs que le promettant traite en son propre nom et assume une responsabilité personnelle[3]. Les dommages et intérêts seront fixés par le juge en conformité de l'art. 116, ou déterminés d'avance par une clause pénale.

Il peut arriver cependant que le fait promis dépende si absolument de la volonté du tiers, qu'il n'y aura pas lieu à un recours en dommages et intérêts. Supposons que A. promette à B. que le peintre C. fera son portrait; il accomplit toutes les démarches nécessaires en vue de décider l'artiste à s'exécuter. Celui-ci refuse, parce que la figure de B. lui déplaît ou pour tout autre motif. A. devra-t-il des dommages et intérêts? Non, car il n'y a en l'espèce qu'une promesse de la part de A. de solliciter C. à se mettre au portrait de B. Ajoutons que M. Wavre a proposé de compléter l'art. 127 comme suit : « Le porte-fort qui a dédommagé le stipulant est subrogé aux droits que ce dernier pourrait avoir acquis contre le tiers, jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé » (cfr. art. 504). Sous l'empire du

[1] *J. d. T.* XLVII, 350 (arrêt du T. F. du 25 Févr. 1899).

[2] *H. E.* VIII, 113 (la garantie suivante a été regardée comme un porté-fort, non comme un cautionnement, à raison sans doute de son caractère principal : « Le soussigné garantit par le présent acte l'acquittement ponctuel de la prime d'une police de 60 000 fr. remise en gage à X. par Y., pendant la durée du *moratorium* de ce dernier »).

[3] *A. T. F.* XXV[2], 845 et s.; cfr. *J. d. T.* XLI, 717, arrêt du T. F., du 10 Juin 1893 (un porté-fort pur et simple dont il a été pris acte constitue l'*avocat* caution solidaire de son client); *A. T. F.* XXVI[2], 117 et s. (l'engagement pour soi et ses successeurs de se fournir de telles ou telles marchandises auprès d'un certain industriel constitue une promesse du fait d'un tiers, et si cet engagement a été pris sous clause pénale, celle-ci peut être réclamée lorsque les successeurs du promettant vont se fournir ailleurs).

droit actuel, le recours du porte-fort ne pourra guère se fonder que sur les art. 70 et suiv.

142. On ne peut, en thèse générale, *stipuler* en son propre nom pour autrui, le stipulant n'ayant à l'ordinaire pas d'intérêt à ce que la stipulation soit exécutée et n'ayant dès lors pas de moyen de forcer le débiteur à s'exécuter. Mais une semblable stipulation devient valable dès que son auteur y a intérêt, ou plutôt, car l'art. 128 va plus loin que le droit romain et le droit français, dès la déclaration du tiers de « vouloir en profiter ». Notre Code dispose, en effet : *Celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers, a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. — Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties. Si, dans ce cas, le tiers déclare au débiteur vouloir user de son droit, il ne dépend plus du créancier de libérer le débiteur* (art. 128[1]). C'est naturellement une question de fait que celle de savoir si la stipulation ne donne de droit qu'au stipulant, ou si elle donne également droit au tiers d'en réclamer l'exécution.

Il est indispensable que le stipulant et le débiteur aient la capacité de contracter (cfr. art. 32); il en est autrement pour le tiers. La stipulation pour autrui sera, très souvent, la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on adresse à un autre. Ainsi je vous vends mon domaine pour 50000 francs et je stipule, en outre, que vous payerez à ma mère une rente viagère de 1000 fr.; ou je vous donne mon domaine sous la condition que vous payerez à ma mère une rente de même montant. Il est hors de doute que lorsqu'une stipulation pour autrui n'est rien autre chose qu'une libéralité, elle demeure soumise à toutes les prescriptions de forme (cfr. art. 10) concernant les donations; il semble pourtant que si une pareille stipulation était seulement la condition d'un contrat à titre onéreux que l'on ferait pour soi-même, elle ne serait pas régie par les dispositions du droit cantonal sur la forme des donations, car elle serait soumise aux règles établies pour la forme du contrat dont elle n'est que l'accessoire.

142 *bis*. C'est dans le contrat d'assurance que l'art. 128 a le plus d'importance pratique, attendu que nombre de polices renferment des stipulations pour autrui. Un point qu'il est parfois difficile de déterminer est celui de savoir *qui est le tiers* en faveur duquel on a stipulé. Il suffit d'ailleurs que la personne de ce tiers puisse

[1] *J. d. T.* XLII, 769 et s. (étude sur art. 128). *A. T. F.* XX, 1030, 1054 (une police stipulée payable aux *héritiers* ne peut être réclamée par ces derniers *s'ils* répudient); cfr. *H. E.* XII, 82, *R. j. f.* XII, 53.

être déterminée objectivement au moment de l'exécution pour que la stipulation soit valable à son égard. On peut dès lors stipuler au profit d'une personne qui n'existe pas encore, par exemple, des enfants que l'assuré laissera à son décès, au profit de « sa famille », de ses « frères et sœurs », des « pauvres d'une commune », etc. Constatons de plus que, dans l'assurance, l'attribution du capital assuré à un tiers est une stipulation accessoire à laquelle, en France, on a invariablement appliqué l'art. 1121 C. civ. fr. La jurisprudence du Tribunal fédéral[1] est dans le même sens : « Le contrat d'assurance sur la vie et celui d'assurance contre les accidents mortels ne sont pas eux-mêmes et d'après leur nature des contrats en faveur de tiers. A la vérité, le but de l'assuré, en passant ces contrats, est souvent, mais non toujours, de garantir à des tiers, spécialement aux membres de sa famille, un capital après son décès... Ce qui est décisif, c'est de savoir si les parties ont effectivement convenu que l'obligation serait exécutée au profit d'un tiers (article 128 C. O.). Si tel n'est pas le cas, si la convention ne désigne pas un tiers au profit de qui l'obligation doit être exécutée, le contrat n'est pas une stipulation en faveur d'un tiers, et c'est l'assuré lui-même qui acquiert seul, du chef de la convention, des droits contre l'assureur... et ce droit passe, au décès de l'assuré, à ses héritiers comme tels et non comme tiers agissant *jure proprio*. Si, au contraire, le contrat d'assurance désigne un tiers bénéficiaire, celui-ci requiert, au décès de l'assuré, un droit propre résultant de la stipulation intervenue à son profit, et non pas un droit dérivé provenant de l'assuré. » Cette distinction est parfaitement légitime. Dans les cas douteux, il conviendra d'admettre plutôt une stipulation pour autrui.

Une autre application de l'art. 128 aura lieu fréquemment en considération de l'art. 281, en ce que le propriétaire imposera à l'acquéreur l'obligation de respecter les baux conclus antérieurement.

142 *ter*. On aurait dû exprimer, ici, un principe analogue à celui de l'art. 1166 C. civ. fr., car les créanciers ne sont que très imparfaitement protégés par le C. O.[2]; voir ci-après.

[1] *A. T. F.* XX, 111 et s., 190 et s.

[2] *J. d. T.* année 1893, p. 145 et s. (article de M. A. Martin).

SECTION TROISIÈME

Autres effets des conventions à l'égard des tiers.

143 Nous avons montré précédemment que les conventions, tirant leur force obligatoire du consentement des parties, n'avaient en principe d'effet qu'entre les co-contractants. Elles ne profitent aux *tiers* que dans les cas prévus à l'art. 128 et elles ne leur nuisent point (cfr. toutefois art. 292 et s. de la loi féd. sur la pours. pour dettes, etc.). Mais il ne faut pas entendre par « tiers » les ayants cause universels, les *héritiers*, donataires ou légataires universels des parties contractantes, qui continuent leur auteur en quelque sorte au point de vue de ses droits et de ses obligations.

Quelle est la position des *créanciers* des parties ? Sans parler de l'action paulienne, sur laquelle nous reviendrons au numéro suivant, nous pouvons nous demander s'ils ont, — ou s'ils ont encore, dans les cantons où ce principe était consacré, et en admettant que cette question doive être résolue d'après le droit cantonal, — la faculté que leur accordait l'art. 1166 C. civ. fr. ainsi conçu : « Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ». Nous n'hésitons pas à dire que la matière des effets des obligations quant aux tiers, est complètement du ressort de la législation fédérale, dans les limites de son champ d'application. Partant, nous estimons que notre Code ne renfermant pas de règle conforme à celle de l'art. 1166 du Code Napoléon, il a adopté une solution contraire à celle du droit français; ensorte que les créanciers ne pourraient exercer des droits et actions, d'une nature mobilière, de leurs débiteurs que par voie d'exécution forcée (poursuite ou faillite). Ainsi le débiteur a une action sans caractère éminemment personnel contre un tiers; il néglige de l'intenter, ses créanciers, peuvent, en France, agir *de plano* en son lieu et place; en Suisse, et en droit fédéral, ils ne le pourraient jamais qu'au cours d'une procédure d'exécution dirigée contre le débiteur. Pour les droits et actions auxquels le C. O. ne s'applique point, la loi cantonale reste déterminante, si bien que, par exemple, dans le Jura bernois et le canton de Genève où l'art. 1166 C. civ. fr. n'a pas été abrogé dans la mesure indiquée, les créanciers d'un héritier légitime dépouillé par un testament seraient fondés à introduire eux-mêmes, si leur débiteur s'y refusait, une action tendant à faire casser le testament dont il s'agit.

144. Nous aurions à nous occuper encore de l'*action paulienne* ou *révocatoire;* mais (cfr. art. 889 C. O.) cette matière est réglée aujourd'hui par les art. 285 et s. L. P.

TITRE TROISIÈME

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

145. Notre Code n'énumère pas spécialement, comme l'art. 1234 C. civ. fr., les causes d'extinction des obligations; il se borne à édicter un certain nombre de règles sur les principales d'entre elles, qui sont : la *compensation* (art. 131 à 139), l'*annulation* (art 140) et la *remise de la dette* (art. 141), la *novation* (art. 142, 143), la *confusion* (art. 144), l'*impossibilité de l'exécution* (art. 145), la *prescription* (art. 146 à 161). Il ne mentionne pas expressément : le *paiement* — l'exécution — dont nous nous sommes longuement occupé ci-devant (art. 77 et s.), la *perte de la chose*, qui se confond avec l'impossibilité de l'exécution (cfr. art. 118, 145), ni le *mutuel dissentiment*, ni l'*expiration du temps* pour lequel l'obligation a été formée (cfr. par exemple, art. 502), ni la *mort de l'une des parties* dans certains cas, ou sa *faillite* et son *incapacité* (cfr. art. 42, 293, 316, 328, 347, 371, 389, 403, 428, 431, 450, 519, 545, 572, 575, 593, 611, 676, 686, 687, 691), ni enfin la *loi*.

CHAPITRE PREMIER

Dispositions générales.

146. *Lorsque* — art. 129 — *l'obligation principale s'éteint par le paiement ou d'une autre manière* (cfr. art. 107, 131 à 161), *les cautionnements, droits de gage et autres droits accessoires s'éteignent également. — Les intérêts courus antérieurement ne peuvent plus être réclamés que si l'on a fait à cet égard des réserves expresses ou si elles résultent implicitement des circons-*

tances (cfr. art. 99, 103, 104). Il est naturel qu'avec l'obligation principale s'éteignent nécessairement tous ses accessoires, cautionnements, gages, droits de rétention, clauses pénales, etc., qui, n'existant que par elle, prennent fin avec elle. La cause d'extinction est sans importance : les mêmes effets se produisent, qu'il s'agisse d'un paiement, d'une novation ou d'une prescription.

En ce qui concerne les *intérêts*, légaux ou conventionnels, nous avons la disposition spéciale de l'art. 129 al. 2, dont il faut rapprocher quelques articles rappelés tout à l'heure.

Il va sans dire, au reste, que les accessoires de l'obligation principale peuvent s'éteindre avant cette dernière et pour eux-mêmes: c'est le cas des intérêts, loyers et autres redevances périodiques atteints par la prescription (cfr. art. 147), du gage (cfr. art. 219), du cautionnement (art. 502, 503, 508, 509), etc.

147. Quel est le champ d'application du C. O. dans le domaine de notre titre? Abstraction faite de l'art. 130, dont nous reparlerons, nous pouvons dire que notre loi détermine, d'une manière complète, les causes d'extinction de celles des obligations qui sont régies par elle quant à leur formation et à leurs effets, ensorte que les législations cantonales ne sauraient, dans ces limites, créer ou conserver à côté de ces causes d'autres causes d'extinction; il n'y a d'exception admise à ce principe que si le C. O. réserve lui-même le droit des cantons (cfr. art. 131 *in fine*, 161), ou si l'application de ce dernier droit est réservée par la circonstance que le nouveau Code a négligé de régler certaines matières, comme l'effet de divers actes de procédure sur la solution de la question litigieuse. Ceci est la doctrine du Tribunal fédéral [1], que nous avons signalée précédemment.

L'art. 130 se borne à disposer : *Il n'est point préjugé* (sic) *par les dispositions qui suivent à celles qui concernent spécialement les lettres de change* (cfr. art. 105 al. 2, 758, 766, 772, 803 et s., 813, 827 chif. 12) *et les titres à ordre ou au porteur* (cfr. art. 836, 838, 839, 843, 847, 848), *ni dérogé aux dispositions relatives aux créances hypothécaires* (cfr. art. 105 al. 2). L'extinction des créances hypothécaires, notamment, — hypothèques légales, ou conventionnelles, ou judiciaires, et *privilèges immobiliers* [2] — est donc sans restrictions placée sous l'empire du droit cantonal. Et, ainsi que le Tribunal fédéral l'a reconnu [3], l'art. 130 « ne concerne pas seulement les dispositions spéciales que la loi cantonale peut renfermer sur l'extinction des créances hypothécaires, mais l'ensemble du droit cantonal, général ou spécial, qui régissait jusqu'ici cette

[1] *A. T. F.* XII, 202, 630, XIV, 629, XV, 852, XVI, 399.
[2] *A. T. F.* XV, 852, XVI, 388 et s.
[3] *J. d. T.* XXXIV, 705. *A. T. F.* XII, 630, XV, 851.

extinction... et l'art. 146 al. 3, par exemple, n'est qu'une application particulière du principe posé à l'art. 130 ». En conséquence, si l'on opposait la novation ou la prescription à une obligation hypothécaire, la question de savoir si la novation a eu lieu, si la prescription s'est accomplie, serait à trancher d'après le droit cantonal. En revanche, les *intérêts* d'une créance hypothécaire ne sont régis par le droit des cantons qu'autant qu'ils sont eux-mêmes assurés par hypothèque [1] ; dès qu'ils sont de simples intérêts courants, ne faisant pas corps avec le principal et n'étant pas garantis comme lui, ils se prescrivent, par exemple, en vertu de l'art. 147 chif. 1.

CHAPITRE II

De la compensation [2].

SECTION PREMIÈRE

Conditions requises pour pouvoir compenser.

§ 1. *Principes généraux.*

148. La compensation est une sorte de balance établie, sur l'initiative des intéressés, entre deux dettes exigibles qui se soldent mutuellement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives; elle suppose, au demeurant, deux personnes qui soient à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre. Si A. doit 1000 fr. à B., qui est lui-même débiteur de A. pour un pareil montant, les deux dettes s'annuleront réciproquement, pourvu qu'elles soient dans les conditions voulues pour se compenser et que la compensation soit invoquée par A. ou B., car, ainsi que nous le verrons, elle ne s'opère pas de plein droit.

C'est sur des motifs d'équité que se fonde la compensation. Il ne serait pas juste que A. pût être forcé de payer, alors qu'il est en mesure et en droit d'exiger, à la même époque, de B., une prestation égale ou semblable à celle dont il est tenu envers ce dernier. En d'autres termes, quand il existe une situation exactement corres-

[1] *R.j.f.* VII, 118.

[2] *Haberstich*, I, 266 et s. *Jacottet*, 97 et s. *Schneider et Fick*, 265 et s., *Hafner*, 49 et s. *Rap. com. Cons. des Etats*, 13. *Die Compensation nach. schw. O. R.*, par A. Janggen, Berne, in-8°, 1887.

pondante entre deux personnes qui sont tout ensemble créancières et débitrices l'une de l'autre pour des sommes exigibles, on ne comprendrait pas que l'une pût être contrainte de se libérer, tandis que l'autre ne paierait pas et risquerait de devenir insolvable dans l'intervalle. Et puis, la compensation peut éviter des lenteurs, des frais, des déplacements, etc., en épargnant aux parties les inconvénients d'un double paiement. De là, le principe que la créance de chaque débiteur sert à payer sa dette jusqu'à due concurrence, sous les conditions fixées par la loi.

Notre Code ne renferme pas de disposition concernant la *procédure* à suivre pour faire valoir l'exception tirée de la compensation (voir n° 158 ci-après); aucune forme spéciale n'est donc prescrite. Néanmoins il ne met pas obstacle à ce que les lois cantonales déterminent, sous peine de forclusion, le moment où l'exception de compensation doit être soulevée dans le cours d'une instance[1]; dans le cours de la procédure d'exécution, les art. 74 et s. de la loi fédérale sur la matière feront règle.

149. Les conditions générales requises pour la compensation sont ainsi établies à l'art. 131 : *Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres choses fongibles de même espèce, chacune d'elles peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont échues*[2] (ou plutôt *exigibles, fällig*, comme nous l'avons montré à propos de l'art. 117). *Le débiteur peut opposer la compensation lors même que sa créance est contestée.* Quatre conditions sont requises par notre loi pour que deux dettes se puissent se compenser :

1° Le *créancier de l'une* des obligations doit être le *débiteur principal et personnel de l'autre*, et réciproquement, ensorte que le débiteur ne pourrait compenser avec une créance appartenant à un tiers, même quand celui-ci y consentirait (cfr. art. 571, et voir ad art. 189), car notre loi veut une réciprocité absolue, et la solution contraire aurait des conséquences pratiques devant lesquelles le législateur a certainement reculé (par exemple, le défendeur exciperait, au milieu du procès, du fait qu'un tiers vient de l'autoriser à compenser sa créance avec celle du demandeur). Le mandataire ou le représentant conventionnel ou légal n'a donc pas la faculté d'opposer en compensation de sa propre dette, la créance du mandant ou du représenté, ni une société en nom collectif la créance personnelle d'un associé. De même sans doute, pour toucher d'un mot une question délicate, le codébiteur solidaire (cfr. art. 164) n'est pas admis à compenser ce que le créancier doit à un autre de

[1] *A. T. F.* XII, 245, XIII, 392.
[2] *A. T. F.* XXVII[2], 142 et s.

ses codébiteurs, quand bien même celui-ci serait exposé à un recours de la part du *correus* actionné à fin de paiement; les art. 131 et 164 combinés montrent qu'on a refusé au codébiteur solidaire la faveur accordée par l'art. 134 à la caution. De même encore, le débiteur n'a pas le droit d'opposer à un créancier solidaire la compensation de ce que lui doit un cocréancier de ce dernier. Il est évident enfin (cfr. art. 166) que si l'un des débiteurs solidaires éteint la dette par compensation, ou que si le débiteur l'éteint de la même manière à l'égard de l'un des créanciers solidaires, la libération se produit, sauf recours du ou des intéressés, à l'encontre des autres.

2° La compensation ne peut avoir lieu qu'entre *deux dettes semblables*, c'est-à-dire ayant également pour objet une somme d'argent ou des choses fongibles « de la même espèce ». Vous me devez et je vous dois 1000 fr.; vous me devez et je vous dois du blé ou du vin, de même qualité; dans ces cas, la compensation est admissible. Mais notre Code ne demande pas que la créance opposée par voie de compensation soit *liquide*[1], — certaine quant à son existence et déterminée quant à sa quotité. Il en résulte qu'une dette dont la fixation dépend d'un règlement de compte, qu'une dette dont le montant ou l'existence est contesté, peuvent être opposées comme compensables, sauf, bien entendu, à celui qui invoque la compensation, à prouver que ces dettes représentent une valeur réelle de tant et tant. Comme l'exprime, dans son rapport, la Commission du Conseil des Etats : « L'art. 139 (131) met de côté l'idée surannée d'après laquelle on ne peut faire valoir la compensation pour une contre-réclamation, dès que celle-ci est contestée par le demandeur. En effet, il serait ainsi loisible au réclamant, à son gré, de se faire payer du montant de sa réclamation, tandis que l'autre partie, dont l'avoir serait contesté pour un motif des plus futile, ne recevrait rien ». Voir n° 158.

Plusieurs controverses se rattachent au point que nous traitons :

a) La compensation entre une créance *hypothécaire* et une créance chirographaire ou toute autre créance est-elle permise? MM. Schneider et Fick prétendent que notre loi ne la prohibe nullement. Le Tribunal fédéral a décidé, au contraire[2], que les dispositions du droit cantonal régissent seules la question de savoir si, et dans quelle mesure, une créance garantie par hypothèque peut être compensée avec une créance ordinaire (cfr. art. 130). Cette solution paraît conforme au système du C. O., qui réserve au droit cantonal tout ce qui a trait à l'extinction des créances hypothécaires.

[1] *A. T. F.* XXVII², 174, XXX¹, 99.
[2] *J. d. T.* XXXIV, 470.

b) L'art. 131 abroge-t-il les prescriptions de la procédure cantonale, d'après lesquelles on ne peut exciper du chef de la compensation qu'à raison de contre-prestations *connexes?* Assurément[1], quoique diverses Cours d'appel aient jugé le contraire[2]. La connexité est un élément de droit matériel dans la compensation; notre Code fédéral n'en parlant point, c'est qu'il n'en a pas fait une condition de la compensabilité et c'est que les Codes de procédure cantonaux ne peuvent modifier l'art. 131 à cet égard. Ajoutons qu'il est indifférent aussi que les dettes à compenser soient, ou non, payables dans le même lieu.

c) La compensation est-elle autorisée envers des créances constatées par un *jugement* passé en force de chose jugée? Nous répondrons, avec le Tribunal fédéral[3], qu'aucun texte de notre loi ne permet implicitement ou *expressis verbis* d'opposer la compensation au cours de l'exécution des jugements. Mais il y a plus; l'article 81 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes exclut, dans ce cas, l'exception tirée de la compensation.

3° Les deux dettes doivent être *exigibles* (non pas « échues », comme le porte par erreur la traduction française de l'art. 131), si bien que le débiteur n'est fondé à opposer la compensation que lorsqu'il est en droit de réclamer ou qu'il n'est plus obligé d'attendre le paiement de sa contre-réclamation. Ce principe se justifie de lui-même. Consacrer la règle de la compensabilité entre créances exigibles et non exigibles, équivaudrait à avantager sans droit l'une des parties au détriment de l'autre et à rendre souvent illusoire le bénéfice du terme. Une dette à terme, dont le terme n'est pas encore arrivé, une dette conditionnelle aussi longtemps qu'elle a ce caractère, ne sont pas actuellement compensables. Si un terme de grâce a été accordé, il n'est pas douteux pour nous que, comme l'énonce l'art. 1292 C. civ. fr., « il n'est point un obstacle à la compensation ». N'oublions pas que les dettes non échues d'un débiteur failli sont rendues immédiatement exigibles par le jugement qui prononce la faillite (cfr. art. 208 L. P.).

4° La compensation *n'a pas lieu de plein droit;* elle doit être *opposée* ou invoquée par celui qui entend la faire valoir. Ceci est tout à fait contraire au droit français où la compensation, envisagée comme un paiement imposé par la loi, se produit *ipso jure* à l'insu des parties. Nous renvoyons pour les détails aux nos 158 et s. ci-après.

150. Il n'y a pas d'autres conditions requises pour la compensation, en dehors de ce que nous avons fait observer sous chif. 2

[1] *R. j.* III, 30.
[2] *Bucher*, ad art. 131.
[3] *A. T. F.* XIII, 392, XIV, 295; *Reichel*, 80 et s.

ci-dessus (cfr. en outre art. 132 et 133), et toutes les créances que la loi ne déclare pas non compensables peuvent être compensées.

§ 2. *Des cas dans lesquels la compensation ne peut avoir lieu.*

151. Nous trouvons à l'art. 132 (cfr. art. 847, ainsi que art. 99, 213 L. P.) un certain nombre d'exceptions à la règle que les « créances de sommes d'argent ou d'autres choses fongibles de la même espèce », peuvent être librement compensées, *même contre la volonté du créancier*. Voici cet article : *Ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier* :

1° *Les créances ayant pour objet soit la restitution d'une somme déposée, soustraite sans droit ou retenue par dol, soit des dommages et intérêts dus à raison d'une semblable chose.* Aussi longtemps que le dépositaire ou le spoliateur n'aura pas consommé la chose qu'il retient, il sera débiteur d'un corps certain et il n'y aura pas lieu à compensation, celle-ci ne s'opérant qu'entre dettes de sommes d'argent ou de choses fongibles. Il semble donc qu'il était inutile de légiférer à ce propos. Le chif. 1 de l'art. 132, qui n'a du reste été introduit qu'après coup dans la loi, s'explique toutefois et se justifie en cas de dépôt irrégulier (cfr. art. 484, 485) où le dépositaire n'est débiteur que d'une quantité, ou lorsque la chose déposée, ou soustraite sans droit, ou retenue avec dol, a été consommée par le dépositaire ou le spoliateur, et que l'action en restitution s'est convertie en action en dommages et intérêts. Ici, en l'absence d'un texte spécial, les principes généraux eussent rendu la compensation possible; notre Code a précisément voulu statuer une exception dans toutes ces hypothèses, car *spoliatus ante omnia restituendus* et il doit en être de même pour le déposant. Il ne faut cependant pas envisager comme une « somme déposée », dans le sens de notre loi, les dépôts faits à des établissements de crédit poursuivant un but industriel, car ce ne sont là, en réalité, que des prêts auxquels on peut opposer la compensation[1]. Le *commodat* n'est pas mentionné comme excluant la compensation; en effet, la dette née d'un prêt à usage étant la dette d'un corps certain, la restitution portera sur la chose même objet du contrat; lorsque le commodataire est tenu à indemniser, il peut compenser l'indemnité avec ce que lui doit le commodant.

2° *Les créances dont la nature spéciale exige le paiement effectif entre les mains du créancier, telles qu'une créance alimentaire, un salaire insaisissable et autres créances analogues.* Ainsi vous me devez 1000 fr. pour arrérages échus d'une pen-

[1] *J. d. T.* XLIV, 98 (arrêt du T. F., du 15 Novembre 1895).

sion alimentaire, ou d'une rente créée dans les circonstances de l'art. 521, ou vous me devez la même somme en vertu d'un droit de créance déclaré insaisissable par l'art. 92 chif. 8 à 10 L. P., vous ne pouvez vous affranchir de l'obligation de me payer, si je m'y oppose, en invoquant la compensation de ce que je puis vous devoir : vous aurez à vous libérer entre mes mains, quitte à vous de m'actionner pour obtenir le paiement de votre créance contre moi. Dès l'instant où le débiteur est réduit, pour vivre, aux sommes dont il s'agit, ou dès l'instant où le législateur les frappe d'insaisissabilité, on conçoit qu'elles aient été mises à l'abri de la compensation.

3º *Les créances de l'Etat et des communes fondées sur le droit public.* Les revenus de l'Etat et des communes visés par l'art. 132 chif. 3 sont protégés d'une manière exceptionnelle, parce qu'ils sont en général nécessaires au fonctionnement de l'administration publique et que cette considération est absolument décisive. On ne pourrait donc compenser ses impôts avec une créance pour travaux exécutés au profit de l'Etat ou d'une commune. En revanche, on peut compenser ce que l'on doit à l'Etat ou aux communes pour d'autres causes que celles dérivant du droit public — ventes de terrain, baux à loyer, etc., — avec ses créances contre lui ou elles. Mais comme le texte que nous venons de transcrire constitue un privilège, les bénéficiaires peuvent y renoncer, tout aussi bien que dans les cas des chif. 1 et 2 de l'art. 132.

152. 4º L'art. 133 (cfr. art. 275 L. P.) établit une nouvelle exception en ces termes : *Celui qui, étant débiteur, est devenu créancier postérieurement à la notification de la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.* A. est créancier de B. d'une somme de 1000 fr. Il sait que B. est, de son côté, créancier de C. pour 2000 fr. et il fait pratiquer une saisie-arrêt de la créance de B. contre C. entre les mains de celui-ci, qui, pour être quitte de payer A. et après la notification de la saisie-arrêt, achète de X. une créance ou vole un titre de 1000 fr. contre B. et oppose la compensation. Ce moyen lui est refusé désormais, car il pourrait sans cela recourir à toutes sortes de manœuvres frauduleuses pour n'avoir pas à payer A. et se libérer facilement envers B. La procédure de la saisie-arrêt est réglée par les art. 88 et s., spécialement par l'art. 99 L. P. L'art. 133 est sans doute extensible à tous les cas de saisie d'une créance, et non seulement dans celui de la saisie-arrêt.

Il est clair que si le tiers-saisi avait une créance compensable envers son créancier avant la saisie-arrêt, l'article 133 ne serait plus applicable.

5º Une autre exception est celle de l'art. 135 : *Celui qui s'est obligé en faveur d'un tiers* (cfr. art. 128 al. 1) *ne peut compenser*

cette dette avec ce que lui doit l'autre contractant. A. s'oblige envers B. à payer 1000 fr. à C.; il est lui-même créancier de B. pour 500 et de C. pour 500 fr. également; il ne peut compenser qu'à raison de la créance qu'il a contre C. Cette disposition est parfaitement juste, car souvent le tiers au profit duquel une obligation a été stipulée ne recevrait rien, si celui qui est tenu envers lui pouvait lui opposer la compensation de ce qu'il doit à son co-contractant. Dans le cas de l'art. 128 al. 2, la compensation est nécessairement exclue, déjà par l'art. 131, puisque la condition de réciprocité n'existe pas.

153. 6° Après avoir dit que : *La caution peut compenser ce qu'elle doit avec ce qui est dû par le créancier au débiteur principal* (et naturellement aussi avec ce que le créancier lui doit à elle-même), — l'art. 134 ajoute : *mais celui-ci* (le débiteur principal) *ne peut compenser ce qu'il doit avec ce qui est dû par le créancier à la caution*. Cette exception résulte déjà de l'art. 131, la condition de réciprocité faisant défaut : le débiteur n'a, en effet, aucun droit contre la caution du chef du cautionnement.

154. 7° En matière d'*assignation*, l'assigné qui a notifié à l'assignataire son acceptation sans faire de réserves (cfr. art. 409) perd le droit de lui opposer la compensation en vertu de contre-réclamations qu'il aurait à formuler contre l'assignant.

8° La compensation est encore exclue, dans une large mesure, par les art. 811, 843 al. 2, et 847.

§ 3. *La compensation dans les cas de faillite.*

155. On sait que le jugement déclaratif de faillite emporte de plein droit, dès sa date, le dessaisissement du failli de l'administration de ses biens, ou, si l'on préfère, une indisponibilité complète à l'égard de ces derniers. Dès lors, la compensation entre ce que le failli doit et ce qui lui est dû ne peut s'accomplir que sous des conditions et même des restrictions particulières, les principes généraux des art. 131 et s. demeurant d'ailleurs applicables.

Remarquons, en toute première ligne, que nos art. *136 et 137* (dont on trouvera la teneur en note[1]) ont été virtuellement abrogés

[1] *Art. 136:* Les créanciers ont le droit, dans la faillite d'un débiteur, de compenser leurs créances, même si elles ne sont pas échues (exigibles), avec celles que le failli peut avoir contre eux. La compensation n'est cependant pas admissible: 1° quand un débiteur du failli n'acquiert une créance contre lui que postérieurement à l'ouverture de la faillite; 2° quand un créancier du failli ne devient qu'après l'ouverture de la faillite débiteur du failli ou de la masse. — En cas de faillite d'une société anonyme, les versements arriérés sur les actions

par les art. 213 et 214 L. P., dont ils ne diffèrent que sur des points de détail. Remarquons ensuite que ces derniers textes (cfr. en outre art. 208 L. P.) admettent équitablement la compensation, même des créances non exigibles, à terme, conditionnées suspensivement ou résolutoirement, avec ce qui est dû au failli, et il en est sans doute ainsi lorsque c'est la créance du failli qui n'est pas exigible.

Il est de toute justice que celui qui est à la fois créancier et débiteur du failli, ne soit pas obligé de payer toute sa dette à la masse et de se contenter, pour sa créance, d'un dividende de 10, 30 ou même 80 °/₀. Il n'est pas besoin, au surplus, que le créancier du failli, qui est en même temps le débiteur de celui-ci, s'inscrive au passif de la masse pour sauvegarder ses droits dans la mesure où il pourrait faire valoir la compensation; il suffit qu'il déclare vouloir compenser (cfr. art. 138) et il peut même attendre les poursuites de la masse pour lui opposer utilement l'exception de compensation. La loi fédérale du 11 Avril 1889 n'a pas innové quant à la forme de la compensation, ensorte que l'art. 138 s'applique aussi à l'égard d'une masse en faillite.

Mais cette même loi disposant, en son art. 211, que « la réclamation dont l'objet n'est pas une somme d'argent se transforme en une créance de même valeur », la condition de la *similitude* des dettes à compenser tombe en matière de faillite. Cette loi enfin, qui rend exigibles toutes les dettes du failli, dès l'ouverture de la faillite, montre que, comme l'exprimait d'ailleurs l'art. 136 C. O., dettes exigibles et non exigibles peuvent être compensées dans ce domaine. Cependant l'art. 210 de la loi fédérale précitée prescrit que « lorsqu'une créance est subordonnée à une condition suspensive ou à un terme incertain », le créancier ne peut la faire valoir que *provisoirement* dans la faillite du débiteur; nous dirons en outre que la compensation est inadmissible comme telle aussi longtemps que la condition est pendante ou le terme non arrivé, ensorte qu'il devra payer la masse, quitte à se faire garantir la restitution, jusqu'à due concurrence, du montant de sa créance, une fois la condition réalisée ou le terme échu.

156. Ainsi que nous l'avons fait observer, nous substituerons au commentaire des art. 136 et 137 C. O., celui des art. 213 et 214

ne peuvent être compensés avec des créances contre la société. De même les obligations au porteur ou les coupons ne peuvent être compensés avec ce qui est dû à la société.

Art. 137: La compensation peut être contestée lorsqu'un débiteur du failli a acquis, avant l'ouverture de la faillite, mais alors qu'il avait connaissance de l'insolvabilité de son créancier, une créance contre lui, en vue de se procurer ou de procurer à un tiers par la compensation un avantage au préjudice de la masse. Le juge prononce librement, en tenant compte des circonstances.

L. P.[1]. L'art. 213 de la loi du 11 Avril 1889 est ainsi conçu : *Le créancier a le droit de compenser sa créance avec celle que le failli peut avoir contre lui. La compensation n'a pas lieu :*

1° *lorsque le débiteur du failli est devenu son créancier postérieurement à l'ouverture de la faillite* (cfr. art. 175 C. O.). La situation financière du failli étant fixée par l'ouverture de sa faillite. la masse a la charge de payer les créances existant à ce moment, si bien qu'une créance acquise plus tard ne concerne point la masse et ne saurait être compensée avec une dette contractée envers celle-ci. Il fallait, d'autre part, prévenir des spéculations et autres manœuvres frauduleuses. Ainsi A. doit 1000 fr. au failli B., qui est lui-même débiteur de pareille somme envers C. La liquidation donnera, selon toutes prévisions, du 20 °/₀. C. vend au sieur A. sa créance de 1000 fr. pour 200 ou 300 fr. A. oppose la compensation de ce chef, en vue d'éteindre sa dette de 1000 fr. avec la créance de 1000 fr. qui lui a été cédée à très bas prix ; la loi ne le permet pas. S'il avait acquis cette créance, non pas après, mais peu de temps avant l'ouverture de la faillite, on s'en tiendrait à l'article 214 L. P. (cfr. toutefois art. 184, al. 2 et 185 C. O.). D'un autre côté, l'endosseur qui, après l'ouverture de la faillite et à la suite du recours exercé contre lui par le porteur, rembourse un effet de change négocié auparavant, peut compenser, dans la faillite de l'un de ses garants, à raison de son droit de recours contre le failli, s'il se trouve être débiteur de la masse, car ce droit existe, de fait, dès le jour où l'effet lui a été endossé et rétroagit, en conséquence, à une époque antérieure au jour où la faillite s'est ouverte ; la jurisprudence allemande se prononce dans ce sens. Dans les espèces des art. 399 et 442, al. 2 C. O., la compensation ne peut plus avoir lieu, une fois que la faillite du mandataire ou du commissionnaire est ouverte. Il va de soi que si le débiteur du failli devient, après l'ouverture de la faillite, créancier de la *masse* elle-même, à laquelle il aura vendu un objet, prêté des fonds, etc., la compensation peut certainement être invoquée par lui.

2° *lorsque le créancier du failli est devenu son débiteur ou celui de la masse postérieurement à l'ouverture de la faillite.* Un créancier du failli peut s'attendre à ne retirer qu'un dividende plus ou moins élevé ; il aurait un moyen, entre autres, d'obtenir davantage, ce serait de se rendre acquéreur de biens dépendant de la masse et de payer cette dernière en opposant la compensation de ce qui lui est dû ; mais l'égalité entre les créanciers de même rang

[1] *Brüstlein et Rambert*, 313 et s. *Reichel*, 293 et s. *Zeitsch f. schw. R.*, VII, n. s., 176. *Schneider et Fick*, 269 et s. *Hafner*, 51 et s. *Jäger*, Kommentar, etc., ad art. 213 et 214 L. P. — *A. T. F.* XXI, 872 et s. (compensabilité des créances réciproques si elles sont *nées* l'une et l'autre *avant* la faillite, quand bien même l'une serait encore conditionnelle à ce moment ou soumise à un terme).

serait détruite, les plus adroits se récupéreraient entièrement tandis que les autres ne recevraient rien ou fort peu de chose. Le créancier du failli qui, après l'ouverture de la faillite, devient pour une cause ou pour une autre débiteur du failli ou de la masse doit acquitter sa dette pour le tout. L'art. 213, al. 2, chif. 2, ne concerne ni les dettes conditionnelles du créancier du failli, existant déjà lors de l'ouverture de la faillite, ni les dettes de la masse qui peuvent être compensées avec des créances de cette dernière.

3° *lorsque la réclamation du créancier repose sur un titre au porteur*. Un titre au porteur s'acquérant par simple transfert de la main à la main, il était prudent d'exclure la compensation de créances basées sur de semblables titres avec des sommes dues au failli; sinon les débiteurs de ce dernier eussent été tentés d'acquérir de ces titres à vil prix, après l'ouverture de la faillite ou peu de temps auparavant, pour s'exonérer à bon compte de leurs obligations envers la masse. Notons qu'on ne saurait assimiler à un titre au porteur un effet de change dont la propriété aurait été transférée par un endossement en blanc. Le dernier alinéa de l'art. 213 ajoute : *En cas de faillite d'une société anonyme ou d'une association, les arrérages d'actions ou de contributions statutaires ne peuvent être compensés avec ce qui est dû par la société ou l'association* (cfr. art. 612, 614 al. 2, 616 chif. 4, 633, 634, 636, 637, 680 chif. 5, 687 C. O.; voir cependant art. 689 *ibid.*). L'art. 136 C. O. a été modifié, en ce sens que son principe est étendu aux associations. En ce qui concerne la défense de compenser les *versements arriérés* sur les actions dans les sociétés anonymes, il convient de bien considérer que les créanciers sociaux n'ont de recours que contre l'avoir social; ils contractent avec la société en tenant compte de la valeur de son capital et ils ne doivent pas être exposés à des pertes parce que certains actionnaires n'auraient pas libéré leurs actions. Le versement du montant intégral de celles-ci est obligatoire; s'il n'a pas été effectué au temps de l'ouverture de la faillite, il n'en peut pas moins être réclamé et les créanciers de la masse ne sauraient être lésés parce que les actionnaires en retard dans leurs versements opposeraient la compensation de ce que leur doit la société. Ces actionnaires effectivement ne peuvent, comme créanciers, prétendre qu'à un dividende de liquidation à l'égal des autres, et ils seraient avantagés si étant, par exemple, tenus de 1000 fr. de versements arriérés, ils pouvaient se libérer en compensant avec une créance de 1000 fr. qui serait réduite à 200 fr. dans la répartition des deniers, si l'on distribuait du 20 %; d'un autre côté, la masse dont le capital social aurait dû s'accroître de 1000 fr. perdrait 800 fr. puisque si, par la compensation, elle est grevée en moins de 200 fr., elle reçoit, en moins aussi, 1000 fr. Quant aux « *arrérages* » *de contributions statutaires* dans les associations, voir, outre l'art. 680 chif. 5, les art. 688 et s.

157. Les restrictions apportées par le dit art. 213 au droit de compenser dans les faillites ont notamment pour but d'empêcher des fraudes en cours de liquidation. Mais ceux qui cherchent à tirer leur épingle du jeu, au détriment d'une masse, n'attendent pas toujours que la faillite soit déclarée pour se livrer à leurs petites opérations. Aussi l'art. 214 L. P. prescrit-il : *La compensation peut être contestée lorsque le débiteur du failli a acquis, avant l'ouverture de la faillite, mais ayant connaissance de l'insolvabilité de son créancier, une créance contre lui, en vue de se procurer ou de procurer à un tiers, au moyen de la compensation, un avantage au préjudice de la masse.* L'art. 137 C. O. disait de plus : « Le juge prononce librement, en tenant compte des circonstances. » Mais cette disposition était superflue sous le régime de la loi (art. 289) du 11 Avril 1889. Le législateur entend frapper ici, comme l'a expliqué le Tribunal fédéral [1], les manœuvres déloyales auxquelles recourraient des créanciers ou débiteurs d'un insolvable. Elle veut empêcher surtout que le débiteur d'un insolvable se libère, presque sans bourse délier, en acquérant contre ce dernier des créances à un prix inférieur à leur valeur nominale et en les compensant ensuite pour cette valeur avec sa propre dette ; ou que, soit par complaisance, soit moyennant indemnité, un insolvable accepte de compenser avec ses dettes les prétentions de certains créanciers dans le but de faire obtenir à ceux-ci plus qu'ils ne recevraient dans sa faillite. Mais on ne serait pas admis à contester la compensation avec une créance, même acquise en connaissance de l'insolvabilité du failli, lorsque le débiteur, en acquérant cette créance, n'était guidé par aucune intention frauduleuse ; il n'y aura, entre autres, pas d'intentions pareilles et la compensation pourra avoir lieu, comme d'après l'art. 48 de la loi allemande sur les faillites, « lorsque le débiteur était obligé d'acquérir la créance et de désintéresser le créancier, et lorsqu'au moment de passer acte, il ne connaissait ni la cessation de paiement, ni la requête à fin de déclaration de faillite ».

Quoique le juge puisse prononcer librement, il n'est point autorisé à faire ou à ne pas faire, suivant les circonstances et selon son bon plaisir, application du principe posé à l'art. 214. Ce que la loi entend, c'est que le juge ne sera point lié par les règles de la procédure cantonale en matière de preuves, pour l'appréciation du fait de savoir si le débiteur a eu réellement connaissance de l'insolvabilité du futur failli et s'il a agi en vue de se procurer ou de procurer à un autre un avantage au détriment de la masse ; en revanche, elle n'a pas abandonné au juge le droit de prononcer en toute liberté sur la validité ou la nullité de l'acte, une fois les faits suffisamment établis ; cfr. art. 285 et s. L. P.

[1] *A. T. F.* XIV, 641.

SECTION DEUXIÈME

Comment s'opère la compensation et quels sont ses effets.

158. L'art. 1290 C. civ. fr., qui consacre une règle fameuse, mais obscure, du droit romain — *compensatio fit ipso jure,* — nous apprend que « la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs », ensorte que les intérêts des créances éteintes par la compensation cessent de courir immédiatement et que les accessoires de ces mêmes créances, cautionnements, gages, etc., tombent sans autre. De plus, la compensation s'opérant sans manifestation de volonté, il importe peu que ceux entre lesquels elle doit se produire soient capables ou incapables. On a vivement critiqué cette tutelle exercée par le législateur; elle constitue, en réalité, une faveur légale d'une grande portée et d'une utilité incontestable. Quoi qu'il en soit, notre Code est parti d'un point de vue différent; il dispose en son art. 138 : *La compensation n'a lieu qu'autant que le débiteur fait connaître au créancier son intention d'user du droit de l'opposer...* Il dépend donc de la volonté des intéressés de compenser ou de ne point compenser. La loi suisse se rattache plus ou moins à l'opinion qui était prépondérante en droit commun allemand. Si le débiteur entend se prévaloir de la compensation, il faut qu'il le déclare, naturellement à celui auquel il est autorisé à l'opposer. Cette déclaration n'est soumise à aucune condition de forme ; le Code n'exige pas d'écrit, il ne demande pas non plus que l'autre partie accepte de compenser. Dès lors, une volonté exprimée unilatéralement peut, même contre le gré de l'un des intéressés et pourvu d'ailleurs qu'il soit satisfait à l'art. 131, éteindre jusqu'à due concurrence la propre créance du déclarant et celle du tiers auquel il oppose et auquel il est en droit d'opposer la compensation ; cfr. art. 388 C. civ. all.

Très souvent, l'intention de compenser sera manifestée extra-judiciairement, dès que l'une des deux personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre aura intérêt à le faire. La compensation pourra être invoquée aussi sous forme d'opposition aux poursuites (art. 74 et s. de la loi féd. sur la matière). Au cours d'un procès, elle sera présentée par voie d'exception, ou par voie de demande reconventionnelle ; la procédure civile, qui est encore du ressort des cantons, déterminera au demeurant comment et à quel moment le moyen tiré de la compensation devra être produit, s'il doit l'être déjà dans la défense, ou s'il peut l'être au cours de l'instruction jusqu'au jugement, ou même en instance d'appel. Faisons observer que le débiteur peut invoquer l'art. 94 pour compenser comme pour payer par anticipation.

L'art. 138 al. 2 porte en outre: *Il n'est pas dérogé par le présent article aux usages particuliers du commerce en matière de compte courant.* On n'ignore pas que le compte courant est un relevé des opérations faites par un commerçant pendant une certaine période, ainsi que des frais et débours de ces opérations; le compte est arrêté aux termes usuels et forme une nouvelle créance.

159. Nous ne possédons pas d'autre disposition sur les *effets* de la compensation, que celle de la deuxième phrase du 1er al. de l'art. 138; la loi suppose que la compensation a été invoquée, et elle nous dit: *Les deux dettes sont alors réputées éteintes jusqu'à concurrence du montant de la plus petite, depuis l'instant où elles étaient susceptibles de se compenser.* Ce texte est si général, qu'à l'interpréter littéralement, il semblerait qu'on n'eût pas de motif d'opposer la compensation tant qu'on n'est pas attaqué, et qu'ainsi l'on pourrait compenser même en vertu d'une créance prescrite, si cette créance n'était pas atteinte par la prescription à l'époque où la compensabilité est née. Cette dernière conséquence est admise par la doctrine allemande, mais il nous est impossible de l'accepter. En vérité, notre Code exige une déclaration de la volonté de compenser pour que la compensation puisse intervenir, et cette déclaration n'entraîne les effets prévus à l'art. 138 que si elle a pour cause une créance non éteinte, une créance exigible. Or une créance prescrite n'est plus « exigible »; elle n'existe plus, en ce sens du moins qu'elle est destituée de tout effet juridique dès que celui contre lequel on la fera valoir excipera du chef de la prescription. La Cour civile de Genève, dans un arrêt du 4 Avril 1900[1], s'est prononcée en faveur de la thèse contraire, en invoquant l'art. 390 C. civ. all. et les principes de la bonne foi. Mais on a oublié que la compensabilité n'est pas une cause de suspension de la prescription (cfr. art. 153), que nous ne possédons pas de texte analogue à celui de l'art. 390 précité et que si, dans un cas tel que celui dont nous nous occupons, le législateur avait voulu tenir compte du fait que la vigilance de l'une des parties s'est trouvée plus ou moins endormie, il aurait édicté une règle formelle, comme dans l'espèce de l'art. 146, al. 2, C. O. La solution admise par l'arrêt que nous critiquons est recommandable au point de vue de la *lex ferenda;* elle est inconciliable avec notre loi.

Le législateur a voulu que la compensation, une fois opposée, *rétroagit* jusqu'à l'instant où les deux dettes « étaient susceptibles de se compenser ». Cette rétroactivité de la compensation est bien singulière. Elle dérive d'une fiction légale qui rapproche beaucoup, en définitive, le système de notre loi de celui du droit fran-

[1] *R. j. f.* XVIII, 163.

çais. Dans la théorie du Code civil, la compensation n'a pas à rétroagir, puisque ses effets se produisent *ipso jure* dès le moment où il y compensation entre les deux dettes. Notre loi exige que la volonté de compenser soit exprimée, pour faire dater également de cette époque les effets de la compensation. Il eût été infiniment plus logique de s'en tenir au principe du Code Napoléon, car la déclaration de compenser, nécessaire d'après l'art. 138, n'apparaît plus que comme une superfétation, — ou encore de ne pas admettre l'effet rétroactif.

Toujours est-il que, depuis le temps où les deux dettes étaient compensables, les intérêts ont immédiatement cessé de courir et que les accessoires des obligations principales se sont éteints, celles-ci étant elles-mêmes réputées éteintes dès l'instant dont il s'agit.

160. Il peut arriver qu'à l'heure où je deviens votre créancier d'une somme exigible, je sois moi-même votre débiteur de plusieurs dettes exigibles, elles aussi. Je vous oppose la compensation ; laquelle de vos créances sera éteinte, si la mienne ne suffit point pour les payer toutes ? On suivra, à cet égard, les règles établies pour l'imputation des paiements à l'art. 101.

161. Nous renvoyons, pour le surplus, aux art. 189 et 166.

SECTION TROISIÈME

De la renonciation à la compensation.

162. La compensation est une faculté, un droit, dont on peut faire ou ne point faire usage. Il saute aux yeux que l'on est autorisé à renoncer à une compensation *acquise*, mais qu'alors les créances momentanément éteintes par la compensation ne revivent que sous réserve de la situation faite par elle à des tiers ; les garanties, spécialement, seront définitivement éteintes. Il est non moins évident que l'on peut renoncer d'avance à la compensation, soit expressément, soit tacitement. *Le débiteur*, dit l'art. 139, *peut renoncer d'avance à la compensation. — Il est réputé y avoir renoncé lorsque, sachant qu'il est lui-même créancier, il s'engage à payer comptant.* La question de savoir s'il y a lieu d'inférer une renonciation de tel fait donné est laissée à la libre appréciation du juge ; le Code ne nous indique qu'un exemple de renonciation tacite, à l'art. 139 *in fine*, mais il est évident qu'elle peut découler d'autres circons-

tances[1]. Il faudra que la volonté de renoncer résulte indubitablement de faits concluants, pour qu'on puisse admettre une renonciation tacite, et la preuve contraire demeure naturellement réservée. Ainsi n'ai-je pas renoncé à opposer la renonciation une troisième fois, quand j'ai négligé de le faire une première ou une deuxième : ainsi non plus, quoi qu'en dise un jugement du Tribunal de commerce de Genève[2], « lorsque le débiteur a souscrit un billet en faveur du créancier postérieurement au moment à partir duquel il prétend avoir été en droit de se prévaloir de la compensation et a ainsi pris l'engagement de payer comptant à l'échéance », car signer un billet n'équivaut nullement à promettre de payer comptant, mais implique seulement une reconnaissance de dette. Il n'y a pas davantage de renonciation, lorsqu'on ne produit pas dans la faillite de la personne contre laquelle on pouvait compenser. Et si l'on omet d'invoquer la compensation au cours d'un procès? Nous verrions une renonciation tacite dans une semblable omission[3]. Mais on pourrait toujours se prévaloir de la compensation, plus tard et dans d'autres circonstances.

La renonciation expresse sera tout particulièrement obtenue pour faciliter la négociation d'une créance. La renonciation anticipée n'a aucun effet sur les garanties attachées à la créance.

CHAPITRE III

De l'annulation et de la remise de la dette. De la novation. De la confusion.

SECTION PREMIÈRE

De l'annulation et de la remise de la dette.

163. On peut renoncer à un droit ou réduire ses prétentions, à titre purement gratuit ou à titre onéreux. La plus grande liberté est laissée aux parties sur ce point, même quant à la forme (art. 1 et 2

[1] *A. T. F.* XXIII, 774 et s.; cfr. *ibid*, XXI, 548, *H. E.* XVI, 2. — On a critiqué à bon droit l'art. 139, dont la fin crée plus de difficultés qu'elle n'en résout (*Motive*, I, 107).

[2] *J. d. T.* XXXIV, 189. — Voir aussi *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVI, 460.

[3] *R. j.* I, 366. *Semaine jud.* VII, 220.

C. O.). *Il n'est besoin* — art. 140 — *d'aucune forme spéciale pour annuler ou réduire conventionnellement une créance, encore que, d'après la loi ou la volonté des parties, l'obligation n'ait pu prendre naissance que sous certaines conditions de forme* (cfr. cependant art. 130). L'annulation ou la réduction conventionnelle d'une créance peuvent donc, dans tous les cas, et sauf ce qui est dit à l'art. 130, avoir lieu verbalement ou par écrit, ou simplement résulter des circonstances[1], comme de la remise du titre (cfr. art. 104) ou de sa destruction. Elle devra d'ailleurs émaner d'un ayant droit capable de contracter ou d'un mandataire muni de pouvoirs suffisants. On peut être, d'ailleurs, forcé de réduire une créance, par exemple dans l'hypothèse d'un concordat (cfr. art. 293 et s., entre autres 303, 311, L. P.).

164. *La remise de la dette à titre de donation* — art. 141[2] — *est réglée par le droit cantonal*. Si donc la créance est annulée ou réduite, sans que le créancier reçoive l'équivalent des droits auxquels il renonce, nous avons une *donation* régie, aussi bien quant au fond que quant à la forme, par la législation cantonale (cfr. art. 10). Mais l'art. 140 ne concerne point la remise de dettes douteuses ou litigieuses; en pareil cas, nous avons une transaction.

165. On pourrait se demander si l'art. 140 n'est pas en contradiction sur un point avec l'art. 11 C. O. Réduire la créance née d'un contrat à constater par écrit, c'est la modifier; or l'art. 11 prévoit que toute modification d'un pareil contrat doit être également constatée par l'écriture. Mais l'art. 140 déroge précisément aux prescriptions générales de l'art. 11 et nous résolvons ainsi la difficulté; sur le point discuté et en ce qui concerne la forme, c'est l'art. 140 qui est applicable, non pas l'art. 11.

SECTION DEUXIÈME

De la novation.

§ 1. *Conditions générales.*

166. La novation est, suivant une définition de Pothier, « la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne ». Pour qu'il y ait novation, il ne suffit point que l'obligation primitive soit modifiée;

[1] *A. T. F.* XIX, 918.
[2] *A. T. F.* XVIII, 211.

il faut qu'elle soit transformée en une obligation nouvelle. Toute novation, comme on voit, suppose deux obligations: l'une qu'elle est destinée à éteindre, l'autre qu'elle crée en remplacement de cette dernière. L'extinction de l'une est la cause de la naissance de l'autre, ensorte que les deux opérations sont inséparablement liées.

Il résulte de ceci que si l'une des obligations figurant dans la novation est *conditionnelle*, la novation sera conditionnelle elle-même, c'est-à-dire que si l'une des obligations se trouve, par suite de l'inaccomplissement de la condition, n'avoir jamais eu d'existence légale, la novation sera envisagée comme n'ayant jamais eu lieu. Ainsi je vous promets 1000 fr., si je réalise un bénéfice de 5000 fr. sur une affaire dans laquelle vous m'avez rendu des services ; je conviens ensuite avec vous que, plutôt que de vous verser ces 1000 fr., je vous céderai un meuble précieux ou un tableau de valeur à peu près égale. Nous avons fait une novation (cfr. art. 142 chif. 1), mais une novation conditionnelle, puisque je ne devrai le meuble précieux ou le tableau que si je réalise le bénéfice escompté ; si je ne gagne rien ou si je ne gagne pas ce qui avait été prévu, si la condition défaillit en un mot, la novation sera considérée comme non avenue. Il en est autrement, bien entendu, lorsqu'on substitue une dette pure et simple à une dette conditionnelle, ou vice versa, et fait ainsi un contrat aléatoire ; la novation est alors définitive et n'est pas subordonnée à la circonstance que la condition sera ou ne sera pas accomplie. Je vous dois 1000 fr. sous condition ; je m'engage à vous payer 100 fr. en échange de cette dette conditionnelle ; la novation est parfaite, que la condition de l'obligation originaire arrive ou n'arrive pas. La novation serait encore valable si, vous devant 100 fr. purement et simplement, je m'obligeais à vous payer 1000 fr. sous condition.

Une autre conséquence de la solidarité entre les deux opérations indispensables en matière de novation, c'est que celle-ci ne peut se produire si l'une des obligations est *inexistante* ou frappée de *nullité absolue* (cfr. art. 17). La solution est différente, lorsqu'une obligation *annulable* est convertie en une obligation valable, lorsqu'une obligation entachée de dol ou d'erreur, ou contractée par un incapable, est transformée en une obligation nouvelle où le consentement des deux parties n'aura pas été « vicié », où l'incapable sera assisté par son représentant légal. La réciproque doit-elle être admise ? Qu'en est-il, lorsque c'est la nouvelle obligation substituée à l'ancienne qui est annulable ? Si l'obligation annulable est réellement annulée, la novation tombe avec elle, à moins qu'elle n'ait eu un caractère aléatoire, qu'elle n'ait été faite en considération des chances d'annulation que la nouvelle obligation présentait.

167. Nover une obligation c'est, de la part du créancier, consentir à l'éteindre. La novation implique dès lors une renonciation du

créancier à sa créance; d'où il suit qu'il doit, pour qu'elle soit valable, avoir la capacité de disposer objectivement et subjectivement. C'est ce qu'exprimait sans doute l'art. 1272 C. civ. fr., en disant : « La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter. »

168. Enfin, la novation supposant une renonciation à un droit et les renonciations de cette sorte ne se présumant pas en thèse générale, notre art. 143 nous enseigne, exactement dans les mêmes termes que l'art. 1273 C. civ. fr., que : *La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte*. Ceci ne signifie pas assurément que la volonté de nover doive être constatée par écrit, « pour résulter clairement de l'*acte* ». La novation n'a rien d'un contrat solennel et se trouve soumise au principe de l'art. 9. Le mot *acte* est pris à l'art. 143 dans le sens de convention (verbale ou écrite). Il n'est au reste *pas nécessaire* que la volonté de nover soit *exprimée;* tout ce que la loi demande, c'est qu'elle soit certaine et elle peut l'être quoique manifestée tacitement. Quand sera-t-elle *certaine?* C'est là une question d'appréciation. Lorsque la volonté de nover est formellement exprimée, il n'y a aucune difficulté, pourvu qu'il soit satisfait à l'art. 142. Mais il se pose souvent de délicats problèmes d'interprétation, lorsque les parties n'ont pas déclaré leur intention *expressis verbis*. Il est hors de doute d'abord qu'il n'y a pas de novation dans le simple fait d'une prolongation d'échéance [1], quand même elle coïnciderait avec la création d'un nouveau titre. D'un autre côté, la jurisprudence française décide que l'acceptation par un créancier de billets souscrits par le débiteur en paiement de sa dette ne nove point celle-ci. Notre Tribunal fédéral a reconnu aussi [2] que : « La volonté de nover ne résulte pas déjà du fait que des effets de change sont souscrits et acceptés en paiement d'une dette existante, mais il faut en outre, ou bien une déclaration expresse emportant la novation, ou bien que la volonté de l'opérer résulte clairement des circonstances... La pratique comme la doctrine admettent généralement que, lorsque le droit civil ne pose pas expressément une règle contraire, la remise d'un billet de change n'éteint pas immédiatement la dette, ni au point de vue d'une novation, ni à celui d'une dation en paiement, mais qu'elle constitue seulement une stipulation accessoire et laisse subsister la dette primitive concurremment avec la nouvelle obligation jusqu'à ce que cette double dette s'éteigne, soit par le paiement des effets à l'échéance, soit, en cas de mise en circulation des

[1] *A. T. F.* XI, 210. *R. j. f.* V, 42. Cfr. en outre *A. T. F.* XIV, 311, XVII, 700, XIX, 918.

[2] *A. T. F.* XIV, 311, XXII, 1228 et s. Voir aussi *H. E.* VII, 127, *R. j. f.* VI, 21, *Zeitsch. d. b. J. V.*, XXX, 479.

dits effets, par le motif que l'exercice du droit de recours contre le créancier est devenu juriquement impossible ». De nouvelles garanties fournies par le débiteur ou par un tiers n'emportent pas non plus novation tacite. De même l'existence d'un compte d'opérations d'escompte entre un banquier et son client ne suffirait point, à elle seule, pour faire admettre que les parties sont liées par un contrat de *compte courant* novant les créances portées en compte ; il faudrait encore que la volonté d'entrer en relations de compte courant se fût manifestée dans les termes de l'art. 1 C. O., et alors la reconnaissance du solde arrêté — non pas la seule inscription des divers postes de compte — emporterait novation[1].

§ 2. *Des différentes espèces de novation.*

168 *bis*. La novation des *créances hypothécaires* est du ressort du droit cantonal[2], qu'il renferme ou non des dispositions spéciales à cet égard.

169. L'art. 142 est ainsi conçu : *Il y a novation :*

1° *Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte*. C'est la novation *objective ;* le créancier ni le débiteur ne changent. il n'y a de changé que la dette ou, généralement, son objet. Par exemple, je vous dois 1000 fr. sur simple cédule que nous convertissons en un titre hypothécaire. La création d'un nouveau titre n'implique cependant une novation, que si l'*animus novandi* résulte clairement de l'acte. A côté de la novation objective, nous avons deux formes de la novation *subjective* aux chif. 2 et 3 de l'art. 142.

2° *Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé*[3]. Ainsi A., du consentement de B. qui est créancier de C., prend sur soi la dette de ce dernier, qui est libéré. On distingue deux espèces de novation par changement de débiteur:

a) La *délégation*, lorsque le nouveau débiteur qui s'engage envers le créancier est *délégué* par l'ancien à payer la dette. La délégation n'emporte toutefois novation et partant extinction de la créance

[1] *J. d. T.* XLVIII, 544 : cfr. *A. T. F.* XXIX[2], 330 et s.

[2] *A. T. F.* XII, 623.

[3] *A. T. F.* XVII, 700, XIX, 409 (lorsqu'une maison de banque, qui a ouvert un *compte courant* à une société commerciale, le continue, en cas de retraite de l'un des associés, avec la nouvelle société, en reportant simplement au compte de celle-ci le solde du compte de l'ancienne société, il y a lieu d'admettre, en principe, que le compte courant primitif a été *eteint* par novation et que l'associé sorti est libéré) ; cfr. *ibid.*, XIX, 918.

primitive, que si elle est *parfaite;* or elle n'est parfaite que si l'ancien débiteur est déchargé (expressément ou tacitement, car notre Code n'exige pas, comme en droit français, une déclaration expresse du créancier), ou si l'insolvabilité du nouveau débiteur est entièrement aux risques du créancier délégataire. Si l'ancien débiteur n'est pas déchargé, il n'y a que délégation *imparfaite* et il n'y a pas novation, ensorte que le délégué n'est qu'un codébiteur du déléguant et que l'obligation originaire subsiste. Il est regrettable que notre législateur ait ouvert la porte à toutes les contestations, en ne prescrivant pas que la volonté de faire une délégation parfaite ne peut être manifestée qu'expressément.

b) L'*expromission*, qui se produit lorsque le nouveau débiteur prend la place de l'ancien, sans intervention de celui-ci. Ainsi, je vous dois 1000 fr.; mon ami X., sachant que vous allez me poursuivre et que je ne pourrai vous rembourser, vous offre spontanément de se substituer à moi comme débiteur. L'expromission libère l'ancien débiteur; si ce dernier n'est pas déchargé expressément ou tacitement. si le créancier n'a pas renoncé à tout droit contre lui, il n'y a pas d'expromission proprement dite, mais un simple cautionnement, et la créance n'est pas novée. Il y a lieu de distinguer de l'expromission la *succession à la dette* ou *la reprise de dette* (voir C. civ. all. art. 414 et s.), — la *Schuldübernahme* proprement dite, qui opère novation partielle si, expressément ou tacitement, le créancier accepte le nouveau débiteur en lieu et place de l'ancien, ce dernier étant déchargé; mais, en thèse générale, les effets de la novation sont, dans cette espèce, moins étendus que dans le système de notre Code, car les droits accessoires qui ne sont pas attachés à la personne même de l'ancien débiteur subsistent, le nouveau débiteur peut opposer les exceptions appartenant à l'ancien, etc.

3° *Lorsqu'un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.* Il y novation ici, et le débiteur se libère à l'égard de son créancier en *s'obligeant* personnellement envers un autre créancier que celui-ci se substitue. Je vous dois 1000 fr. et, sur votre désir, je m'engage à payer ce montant à X., auquel vous le devez. Ma dette envers vous n'existe plus; elle est remplacée par celle contractée envers X. C'est ici une sorte de cession consentie par le débiteur, mais avec des effets très différents puisque l'ancienne créance est éteinte avec ses accessoires et qu'il n'y a pas lieu à la garantie des art. 192 et s.

170. Ces trois espèces de novation pourront se combiner les unes avec les autres. On peut fort bien imaginer une novation par changement d'objet et de débiteur par exemple, si le créancier consent à prendre X. comme débiteur, au lieu de Y., et si la créance, hypothécaire à l'origine, est transformée en cédule.

170 *bis*. Voir n° 168 *in fine*, pour la novation en matière de *compte courant*, et note ad art. 142, chif. 2.

§ 3. *Effets de la novation.*

171. Nous devons combler les lacunes de notre Code sur ce point. Comme la novation est un mode d'extinction des obligations, il va sans dire que l'obligation novée, l'ancienne dette, est éteinte et que tous ses accessoires, hypothèques, droits de gage, cautionnements, etc., tombent avec elle, — « à moins, disait l'art. 1278 C. civ. fr., que le créancier ne les ait réservés expressément », mais cette exception n'est pas admise par notre loi. S'il y a véritablement novation, les accessoires de l'ancienne dette ne peuvent être rattachés à la nouvelle que du consentement de tous les intéressés et sous l'observation des formes légales; ainsi la caution, déchargée par suite de la novation, doit cautionner à nouveau et par écrit. Cette solution ne nous paraît pas contestable, l'art. 1278 C. civ. fr. renfermant une dérogation au droit commun qu'il n'est pas permis de supposer en l'absence d'un texte catégorique.

172. L'art. 1281 du Code Napoléon portait que « par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés ». Nous avons le même principe en droit fédéral (cfr. art. 166). Mais, bien entendu, le créancier ne pourrait jamais réserver, unilatéralement, les engagements personnels des codébiteurs solidaires, pas plus qu'il ne le pourrait à l'égard des cautions.

L'insolvabilité du tiers délégué, en cas de novation par délégation (cfr. art. 142, chif. 2), laisse subsister la novation et ne donne pas ouverture à un recours en garantie contre l'ancien débiteur, à moins qu'il n'y ait eu simple délégation imparfaite, et notre loi n'admet pas la règle consacrée à l'art. 1276 *in fine* C. civ. fr.

SECTION TROISIÈME

De la confusion.

173. La confusion est, selon Pothier, « le concours de deux qualités dans un même sujet, qui se détruisent ». Elle a lieu en matière de droits réels comme de droits personnels, et l'on sait, entre autres, qu'un service foncier s'éteint en principe par la réunion entre les mêmes mains de la propriété du fonds dominant et du fonds servant.

Mais nous n'avons à l'envisager, ici, que comme cause d'extinction des droits personnels, des obligations. *Lorsque* — art. 144 — *les qualités de créancier et de débiteur se trouvent réunies dans la même personne, l'obligation est éteinte par confusion* (al. 1); cfr. art. 129, 166, alin. 2.) L'extinction est alors la conséquence d'une impossibilité d'exécution, car le créancier ne pourrait diriger des poursuites que contre lui-même, puisqu'il est débiteur, et cela est inconcevable. La confusion s'opère en général par le fait que le créancier succède à titre universel au débiteur, ou réciproquement, ou encore lorsqu'une même personne succède aussi à titre universel au débiteur et au créancier. Elle n'entraîne néanmoins l'extinction de la dette que dans les limites où elle en rend l'exécution impossible, ensorte que la dette éteinte par confusion doit être considérée comme existante en tant qu'on ne se heurte pas à l'obstacle matériel qui a produit la confusion. Ainsi une créance éteinte par confusion doit-elle entrer en ligne de compte pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve, de même que dans les déclarations de succession lorsqu'il s'agit de créances que le défunt avait contre l'héritier. Bien entendu, l'art. 144, alin. 1, ne s'applique pas aux *créances hypothécaires*, ni aux créances inséparables du titre qui les constate (cfr. art. 130, 728, 827 chif. 3, 836, 838 et s., 843, 847).

On comprend que notre Code ait ajouté ceci, en deuxième alinéa, à l'art. 144: *Toutefois l'obligation renaît, si la confusion vient à cesser.* Lorsque la cause qui a motivé la confusion a disparu — l'héritier fait rescinder son acceptation, ou l'héritier qui était devenu son propre créancier vend l'ensemble de ses droits successifs, — la créance est-elle censée n'avoir jamais été éteinte? Oui, sans doute, mais entre débiteur et créancier seulement, ensorte que, par exemple, la caution serait libérée. Si l'obligation résultait d'un titre à ordre ou d'un titre au porteur, nous exclurions l'application de l'alin. 2, comme nous avons exclu celle de l'alin. 1 de l'art. 144.

174. Il n'est presque pas besoin de dire que la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions (cfr. cependant art. 144 al. 2), mais que la réciproque n'a point lieu. Quant à la confusion qui s'opère dans l'un des débiteurs d'une dette solidaire, elle ne profite aux codébiteurs que pour sa part dans la dette: soient X. et Y. qui doivent solidairement 2000 fr.; le créancier meurt et X. lui succède; il y a confusion pour 1000 fr. représentant la part de X. dans la dette, mais non pour le surplus qu'il sera en droit de réclamer à son codébiteur, auquel il ne pourra d'ailleurs réclamer que cela.

CHAPITRE IV

De l'impossibilité d'exécuter l'obligation.

175. *Impossibilium nulla obligatio,* — à l'impossible nul n'est tenu. Mais il n'est pas douteux que si l'impossibilité a été amenée par la *faute du débiteur*, celui-ci est actionnable en dommages et intérêts par le créancier. Il importe peu, au reste, quand l'impossibilité est survenue sans faute imputable au débiteur, qu'elle le soit physiquement ou légalement, que le peintre X. ne puisse livrer tel tableau promis parce qu'il a perdu la vue, ou que la livraison de telle marchandise ne puisse s'effectuer désormais parce que le commerce en a été prohibé. La *preuve* de l'impossibilité incombe naturellement au débiteur, de même que celle qu'aucune faute ne lui est imputable (cfr. art. 110)[1]. Voici comment notre Code s'exprime à l'art. 145, al. 1 : *L'obligation s'éteint lorsque, par suite de circonstances non imputables au débiteur, il devient impossible de l'exécuter* (cfr. art. 211, alin. 1 L. P.). Si l'impossibilité n'est que partielle, le débiteur peut être astreint à exécuter dans la mesure de ce qui est possible ; pour le surplus, les art. 145 et 110 et s. font règle. Je vous vends un cheval harnaché qui périt avant la délivrance (cfr. art. 204) ; vous pouvez me réclamer le harnachement, de même que le cuir de l'animal et, en sus, des dommages et intérêts si je ne prouve pas que la perte de l'animal ne m'est pas imputable à faute. Lorsque l'impossibilité est totale et non fautive, le débiteur est libéré. Le Tribunal fédéral a, entre autres, décidé ce qui suit[2] : « Dans le cas où l'exécution d'un contrat de bail est devenue impossible par suite de la perte de l'objet du contrat, perte causée par cas fortuit et sans faute de la part du propriétaire, c'est le principe général de l'art. 145 qui est applicable, à défaut d'une prescription spéciale au titre de bail. Dès lors, le bail est considéré comme éteint ; le bailleur est libéré de toute obligation, la chose ayant été

[1] *H. E.* VII, 21 ; cfr. *A. T. F.* XXI, 1076 et s.

[2] *A. T. F.* XIV, 729 et s. ; cfr. *ibid.* XVII, 476 (dans le cas d'une *obligation alternative*), XXI, 1076 (bail).

détruite sans sa faute par cas fortuit; une demande en dommages et intérêts ne peut être formée contre lui de ce chef ». Si l'impossibilité n'est que relative ou temporaire, l'extinction n'est de même que temporaire ou relative, car la mesure de l'extinction varie suivant le degré de l'impossibilité (voir texte allemand, *soweit...*). Cette impossibilité peut être opposée à la demande en exécution pure et simple fondée sur les art. 110 et s. D'un autre côté, il n'est pas douteux que l'art. 145 ne s'applique point lorsque la prestation du débiteur consiste en *choses fongibles*, quelque onéreuse que puisse être l'obligation de s'en procurer[1].

176. *Dans les contrats bilatéraux* — art. 145, al. 2, — *le débiteur ainsi libéré est tenu de restituer ce qu'il a déjà reçu de l'autre partie et ne peut plus réclamer ce qu'elle lui doit encore, sauf les cas où les risques sont pour le créancier dès avant l'exécution de l'obligation* (cfr. art. 204, 367, 528). La maison que j'ai prise à bail vient à être incendiée; le bailleur devra me restituer les loyers que j'ai payés d'avance, pour tout le temps où l'exécution du bail devient impossible, et il va de soi qu'il ne peut me réclamer de loyers pour une époque postérieure à l'incendie. Mais si je vous vends un cheval — cas de l'art. 145 *in fine* — qui doit vous être livré dans la quinzaine et qui périt auparavant, vous serez quand même obligé d'acquitter le prix de vente, car les risques sont à votre charge, à moins de convention contraire, dès la conclusion du contrat (cfr. art. 204).

CHAPITRE V

De la prescription[2].

SECTION PREMIÈRE

Dispositions générales.

177. Les art. 146 et s. ne traitent que de la *prescription libératoire*, fondée sur la présomption que le créancier est désintéressé lorsque son inaction a duré un certain temps. Cette présomp-

[1] *A. T. F.* XXVII², 211 et s..

[2] *Haberstich*, I, 277 et s. *Schneider et Fick*, 282 et s. *Hafner*, 57 et s. *Hiestand*, Die Verjährung nach schweiz. Obl. R. Zurich, in-8°, 1889. *A. T. F.* XXIII, 1102 et s.

tion est alors une *præsumptio juris et de jure*, contre laquelle aucune preuve n'est admissible et qui donne lieu à une exception péremptoire : celui qui invoque la prescription est libéré, qu'il ait d'ailleurs exécuté ou non, pourvu qu'il établisse l'inaction du créancier pendant le délai légal ; et le créancier ne pourrait combattre ce moyen avec succès, en justifiant que sa créance est encore due. Pourquoi le législateur a-t-il fait figurer la prescription au nombre des causes qui éteignent les obligations ? Il se peut qu'elle conduise à des résultats contraires à l'équité et à la bonne foi ; mais, à l'ordinaire, elle aura l'excellent effet d'épargner toute réclamation à un débiteur qui, ayant payé son dû, a peut-être égaré ou détruit sa quittance et qui n'est plus en état de prouver sa libération. Et puis, n'est-il pas juste de considérer une dette comme remboursée, un droit comme éteint, lorsque le créancier a négligé de poursuivre le débiteur pendant les longs délais de la prescription ? Et enfin, n'est-il pas sage de restreindre le nombre des procès, surtout des procès dans lesquels il devient difficile de prononcer à raison de l'insuffisance ou de l'incertitude de preuves qui porteraient sur des faits de très ancienne date ?

La prescription peut d'ailleurs être *totale* ou *partielle* (cfr. art. 587, al. 1). Ne sont pas soumis aux art. 146 et s., les *délais de la procédure* civile (cantonale ou fédérale), ni de la procédure d'exécution, ni les *péremptions* ou *déchéances* proprement dites (cfr. art. 28, 206, 502, 503, 637, 675, 691, 692, 737, 750, 762, 764, 780, 828, loi féd. du 24 Déc. 1874, art. 46, litt. *a*, 50, al. 2, 52, litt. *a*, 53, etc.), mais bien, sous réserve de dispositions contraires, les prescriptions instituées par des lois spéciales, telles que la loi de 1881 sur la responsabilité civile des fabricants et d'autres[1].

177 *bis*. Il importe de revenir sur la question très délicate de la distinction à établir entre la *prescription* et la *déchéance*[2]. Nous laissons de côté les délais de procédure, les délais fixés conventionnellement ou par décisions judiciaires, qui constituent des déchéances. Est-il permis de dire, avec Aubry et Rau, par exemple, que toutes les fois que la loi n'accorde une action qu'à la condition de l'intenter dans un délai déterminé, l'expiration du temps emporte déchéance ? N'est-il pas plus exact d'écrire, que toutes les fois que la loi limite à un certain temps l'exercice d'une action, c'est qu'il s'agit bien d'une prescription libératoire embrassant et

[1] *A. T. F.* XVI, 791, XVII, 125, 787, XVIII, 4, 927, XIX, 422, XXII, 824, XXVI[2], 397 et s.

[2] *W. Blumenstein:* Verwirkung und Ablauf der Befristung von Privatrechten, etc., Berne, in-8°, 1901. *Baudry-Lacantinerie et Tissier*, Traité de droit civil, — De la prescription, 27 et s. Voir, en outre, n° 177 *in fine*; cfr. *A. T. F.* XVI, 783 et s., XXII, 509 et s. (déchéances stipulées dans des *contrats d'assurance*).

l'action elle-même, et le droit, cette action et ce droit étant susceptibles, au demeurant, de ne pas s'éteindre moyennant que les actes ou les faits conservatoires nécessaires soient accomplis ou puissent être invoqués? Les déchéances de notre Code, au contraire, établies dans l'unique intérêt des débiteurs, ne sont qu'un élément de l'exercice d'un droit, qui reste d'ailleurs prescriptible après que la cause de la déchéance a disparu, et les motifs de suspension ou d'interruption créés en faveur du créancier dans la prescription, ne s'appliquent pas ici; de plus, la déchéance est à l'ordinaire irréparable, elle devra être prise en considération d'office (*alias* pour la prescription, art. 160) — la preuve de l'observation du délai fixé incombant à celui dont le droit est subordonné à cette condition; — en principe, elle ne laisse pas subsister d'obligation naturelle, et, toujours en principe, les parties pourront valablement convenir d'un délai différent de celui de la loi. La théorie des déchéances n'a jamais été formulée par le législateur, notamment parce qu'il est impossible de les régir d'une manière uniforme; les divers cas peuvent être réglés par des dispositions spéciales expresses ou tacites; cfr. art. 813, al. 2, entre autres.

178. A la différence de la prescription acquisitive, la prescription libératoire ne suppose nullement *la bonne foi* du prescrivant: elle se fonde sur les deux seuls éléments de l'inaction du créancier et de l'expiration du temps requis. Elle s'applique, au reste, à toute espèce de droits et d'actions (sauf les droits déclarés imprescriptibles, mais le C. O. ne mentionne comme tels que ceux de l'art. 146, al. 2). Toutefois, les prescriptions de notre Code ne visent que les droits personnels, les obligations, et l'art. 146 al. 3 dispose: *La prescription des actions hypothécaires et autres qui sont régies par le droit cantonal n'est pas soumise aux dispositions de la présente loi.* Ainsi la prescription de toutes les actions qui ne rentrent pas dans le domaine du droit fédéral tombe, aussi bien en ce qui concerne les accessoires que le principal du droit contre lequel elle est invoquée, sous l'application du droit spécial des cantons ou de la Confédération; c'est le cas pour les *actions hypothécaires*, les actions se rapportant *au droit de propriété immobilière* ou à ses *démembrements*, les actions en matière de droit *successoral*, de *droit de famille* (par ex., l'action alimentaire contre le père d'un enfant naturel, l'action en responsabilité contre une autorité tutélaire, etc.), de *droit matrimonial*, les actions dérivant *du droit public*, etc. A cet égard, l'art. 146 al. 3 ne réserve pas seulement les dispositions du droit cantonal (ou des lois fédérales) se rapportant *spécialement* à la prescription des actions hypothécaires et autres, mais toutes les dispositions générales et spéciales ayant trait à cette matière [1]. Cependant les *cautionnements*

[1] *A. T. F.* XII, 628; cfr. *ibid.* 136 et s.

souscrits en faveur de créances régies par le droit cantonal au point de vue de la prescription, ne se prescrivent pas moins en conformité des art. 146 et suiv.; pour parer aux inconvénients résultant de la différence des délais de prescription établis à l'égard de l'obligation principale et du cautionnement, on peut stipuler que celui-ci sera fourni pour une durée déterminée (de 30 ans, par exemple ; art. 2262 C. civ. fr.); cfr. art. 502 et consulter n° 646 *bis*. Voir, au surplus, en ce qui concerne les *lettres de change*, les art. 803 et suivants.

179. La prescription est d'ordre public; c'est pourquoi notre loi admet implicitement, dans son art. 159, qu'on ne peut d'avance renoncer valablement à la prescription — *alias* en matière de péremptions proprement dites, sans doute, — et nous verrons à l'art. 148 que les délais légaux de prescription ne sauraient être modifiés conventionnellement. Si l'on avait pu y renoncer par anticipation, on aurait abusé, dans la pratique, de la renonciation anticipée qui serait devenue une clause de style dans les actes. Mais si l'intérêt social exige que les actions aient un terme, il n'oblige pas celui au profit duquel une prescription s'est accomplie à en bénéficier. Dès lors, nous ne serons point surpris de lire à l'art. 159 : *On peut renoncer à la prescription acquise. Si cette renonciation est faite par l'un des débiteurs solidaires, ou par l'un des codébiteurs d'une dette indivisible, elle n'est pas opposable aux autres; de même, la renonciation faite par le débiteur principal n'est pas opposable à la caution* (cfr. art. 505). La loi ne règle pas cette autre hypothèse: peut-on renoncer à une prescription en cours ? Oui, sans doute, pour ce qui est acquis, pour le passé; non, pour l'avenir. En ce qui regarde la renonciation à une prescription définitivement acquise, il est inexact de prétendre, comme l'a fait le Tribunal cantonal vaudois[1], qu'elle ne peut avoir lieu qu'*expressis verbis ;* elle est placée sous le régime du droit commun, ensorte qu'elle peut être ou expresse ou tacite. La renonciation tacite résultera uniquement de faits assez évidents pour qu'il soit impossible de ne pas l'admettre, comme, par exemple, de la circonstance, qu'après l'accomplissement de la prescription, le débiteur a demandé terme pour le paiement, acquitté des intérêts, accepté la compensation, négligé d'opposer la prescription, ou constitué des garanties. La renonciation étant un acte unilatéral, elle sera valable abstraction faite d'une acceptation de la part du créancier; mais, comme elle constitue, sinon un véritable acte d'aliénation, du moins un acte de disposition, il va de soi, ainsi que l'exprime l'art. 2222 C. civ. fr., que « celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise ». Par la renonciation, le droit contre lequel

[1] *J. d. T.* XXXII, 650.

la prescription était accomplie est considéré comme n'ayant jamais été atteint par celle-ci; il subsiste tel quel, le débiteur a seulement perdu le bénéfice de l'exception tirée de la *res prescripta*.

La fin de l'art. 159 n'appelle aucune explication; tout ce que l'on peut dire, c'est que notre Code va moins loin, avec raison, que l'art. 225 du C. civ. fr., qui permet à toute personne intéressée à ce que la prescription soit acquise, de l'opposer, même en cas de renonciation de la part du débiteur; ce n'est qu'aux cautions et aux codébiteurs d'une dette indivisible ou solidaire que la renonciation du débiteur ne peut nuire, et ces derniers sont, au demeurant, régis par l'art. 166.

180. La prescription est une faveur dont on est libre de profiter; la loi ne l'impose pas, tandis que le juge doit d'office tenir compte de l'inobservation des délais péremptoires (cfr. art. 178, al. 1, L. P.). L'art. 160 nous enseigne dès lors que: *Le juge ne peut pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription* [1]. Les tribunaux ne sont donc autorisés à l'accueillir que lorsqu'elle est invoquée comme moyen de défense, dans les formes et au moment déterminés par la procédure. Pourquoi forcerait-on les juges à l'admettre, quand le débiteur néglige de l'opposer, parce qu'il sait qu'il n'a point payé, ou parce qu'il veut s'exécuter? Pour les *déchéances*, voir nº 177 *bis*.

Quant à la *preuve* de la prescription, elle doit être apportée par le débiteur, auquel il incombe d'établir que dès l'instant de *l'actio nata* (ou du dernier acte interruptif) jusqu'au moment où il est recherché, il s'est écoulé un laps de temps égal ou supérieur à celui requis pour prescrire. En revanche, il n'a pas à faire la preuve négative que la prescription n'aurait pas été interrompue ou suspendue dans l'intervalle.

181. L'art. 161 [2] de notre Code dispose encore: *L'extinction des créances pour défaut de production ou d'intervention en cas d'invitation officielle et publique, est régie par le droit cantonal.* Cet article, qui est placé à tort au titre de la prescription, a perdu beaucoup de son importance attendu que, depuis le 1er janvier 1892, nous avons les art. 110, 111, 116 et s., 231 et s., 267, 311, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Il ne concernera plus guère désormais que les liquidations de bénéfices d'inventaire — non de successions vacantes (cfr. art. 193 L. P.) — et des cas analogues à celui prévu par l'art. 779 C. civ. zurichois.

---

[1] *A. T. F.* XVII, 315, XVIII, 927.
[2] *A. T. F.* XIII, 203, XV, 114, XIX, 157.

SECTION DEUXIÈME

Du temps requis pour prescrire.

§ 1. *Commencement et supputation des délais de prescription.*

182. Quand notre Code parle de « droits » ou de « créances » — le texte allemand emploie le terme générique *Anspruch,* qui signifie littéralement : *droit à faire valoir,* – il entend, en matière de prescription, uniquement des droits ou des créances susceptibles d'être réalisés, des droits ou des créances *exigibles,* et d'ailleurs *personnels,* car les art. 146 et s. ne concernent pas la prescription des droits réels [1]. *L'actio nata* se confond en conséquence avec le moment de l'exigibilité du droit, et c'est ce moment qui détermine le début de la prescription. Il ressort de ceci qu'un droit ou une créance non exigible n'est pas sujet à prescription.

L'art. 149 s'exprime en termes assez nets : *La prescription court* (cfr. art. 150, 153, 157) *du moment où la créance* — Anspruch — *est devenue exigible. Si l'exigibilité de la créance est subordonnée à un avertissement, la prescription court du premier jour pour lequel cet avertissement pouvait être donné.* Comme on le voit, il n'est nullement nécessaire que le débiteur soit en demeure ; il suffit que son obligation soit exigible, que l'exécution puisse en être demandée, pour que la prescription commence immédiatement ; et, pour toutes les obligations qui ne sont pas à terme, la date de l'exigibilité (c'est-à-dire aussi le début de la prescription) sera celle de la naissance de l'obligation elle-même. Lorsque les obligations seront soumises à un terme ou à une condition, la prescription courra dès l'arrivée du terme ou dès la réalisation de la condition [2]. Ajoutons que l'art. 146 s'applique aussi en matière de *cautionnement;* bien plus, si, par exemple, la créance était devenue imprescriptible contre le débiteur principal en vertu de l'art. 149 L. P., la prescriptibilité du cautionnement en vertu de l'art. 146 C. O. ne s'en trouverait pas modifiée [3].

Tout ceci est assez clair. Aussi renonçons-nous à examiner la série des controverses qui se rattachent au début de la prescription.

Lorsque des créances ont pour objet des prestations périodiques

[1] *A. T. F.* XXIII, 1102.

[2] *J. d. T.* XXXVIII, 702 (l'action en resp. pour trouble de l'exploitation d'une fabrique commence à se prescrire dès l'instant du trouble et recommence à chaque nouveau trouble pour le dommage causé par ce dernier). *A. T. F.* XVII, 312 (vente avec stipulation de livraisons successives).

[3] *A. T. F.* XXIX[2], 258 et s.

(intérêts, arrérages, loyers, etc.), chacune de ces prestations peut être envisagée comme une créance à terme devenant exigible par l'arrivée du terme, et prescriptible dès ce moment.

182 *bis.* Notre Code possède en outre les deux textes suivants sur la prescription des *accessoires* :

1° Art. 151 : *La prescription de la créance principale entraîne celle des intérêts et autres accessoires.* Cette disposition, plus générale que ne le comporte la question qui nous occupe, est fort rationnelle: *accessorium sequitur principale.* Il est inadmissible, en effet, qu'on puisse encore disputer sur les accessoires d'une créance, quand celle-ci est prescrite. Supposons que la dette principale soit éteinte par prescription, les intérêts nés après la prescription et qui, eux, ne seraient pas encore prescrits pour eux-mêmes, n'en sont pas moins éteints avec le principal de l'obligation. Ainsi A. prête à B. 1000 francs le 1er Janvier 1895, remboursables sur avertissement de 3 mois et portant intérêt au taux de 5 % l'an. Les intérêts ne sont pas payés ; la créance est prescrite le 1er Avril 1905. Les intérêts échus le 1er Janvier de chaque année ne devenant exigibles qu'alors, il suit que ceux des années 1901 à 1905 ne devraient pas être prescrits (cfr. art. 147 chif. 1) comme tels, mais la loi les déclare prescrits en vertu de l'art. 151 qui consacre un principe contraire à celui du projet de Munzinger. On sait d'ailleurs que les accessoires peuvent être soumis à des délais de prescription différents de ceux établis pour la créance elle-même; c'est ce que nous montre l'art. 147. Les « accessoires » s'entendent aussi des cautionnements, clauses pénales, etc. Mais des coupons d'intérêts (cfr. art. 630, al. 2, 857) ne tomberaient vraisemblablement pas sous le coup de l'art. 151: ils seraient l'objet d'une prescription distincte, qui est celle de l'art. 147.

2° Art. 152 : *En matière de rentes viagères et autres redevances périodiques analogues* (indépendantes, qui n'ont pas d'autre objet qu'elles-mêmes, tandis que l'art. 151 vise des prestations, qui peuvent bien être périodiques, mais qui sont les accessoires d'une obligation principale), *la prescription court, quant au droit même d'en réclamer le service, du jour de l'échéance du premier terme demeuré impayé. — La prescription de ce droit entraîne celle des arrérages.* Ainsi une rente annuelle de 1000 francs a été constituée avec arrérages payables dès le 1er Janvier 1895, et les années suivantes à pareille époque ; elle est prescrite le 1er Janvier 1905 (art. 146), si aucun arrérage n'a jamais été payé, et elle serait prescrite même pour les arrérages qui, comme tels, ne seraient pas prescrits en application de l'art. 147. Si un ou des arrérages ont été payés, la prescription se trouve interrompue et recommence avec l'échéance du premier arrérage non acquitté. Notre art. 152 concerne, outre les arrérages de rentes viagères, les autres arrérages de rentes, les

prestations alimentaires, etc., notamment celles prévues par les lois sur la responsabilité civile.

183. *Pour la supputation des délais de prescription*, dit l'art. 150, *on applique les dispositions des articles 87 à 91; en particulier, le jour à partir duquel court la prescription ne doit pas être compté dans le délai, et la prescription n'est acquise que lorsque le dernier jour s'est écoulé sans avoir été utilisé.* Une prescription commencée le 1er Avril 1895 et s'accomplissant par un laps de temps de dix années, sera achevée le 1er Avril 1905 à minuit. La prescription se calcule donc *de die ad diem*, jour par jour, et non point *de momento ad momentum*, pour la bonne raison qu'il eût été impossible, dans presque tous les cas, de déterminer exactement l'heure à laquelle la prescription avait commencé. D'autre part, on ne compte pas le *dies a quo*, ensorte que le premier jour utile est le lendemain. Pour le surplus, nous renvoyons aux art. 87 et s., en ajoutant cependant qu'il n'est pas nécessaire que la prescription s'accomplisse d'un bout à l'autre entre les mêmes personnes identiquement, mais qu'on peut entrer dans le cours de la prescription par succession universelle, ou même particulière (*accessio temporis*), et cela aussi bien au point de vue actif que passif.

§ 2. *Des délais de prescription.*

184. Nous savons que la loi prohibe toute renonciation anticipée à la prescription. Bien plus, l'art. 148 statue: *Les délais de prescription fixés dans le présent chapitre ne peuvent être modifiés par convention ;* cfr. art. 159 C. O. et art. 33 L. P. Cet article a passé par bien des phases. Le projet du Conseil fédéral prévoyait que les parties pourraient, par contrat, abréger mais non prolonger le délai de prescription ordinaire de dix ans. Les Chambres s'arrêtèrent à notre texte, qui prohibe d'une manière absolue toute modification conventionnelle des délais légaux de prescription. Mais l'art. 148 ne parle que des délais « *fixés par le présent chapitre* », c'est-à-dire de ceux des art. 146, 147 et 156 al. 2. Qu'en est-il des nombreux autres délais de prescription, qui ne sont point « fixés par le présent chapitre »? La règle de l'art. 148 leur est-elle applicable ? La commission du Conseil des Etats disait dans son rapport : « Le droit de prescription devrait, dans notre opinion, être tout à fait indépendant des conventions privées des parties, et l'art. 155 (du projet) serait alors remplacé par la disposition suivante : « Les termes généraux de prescription ne peuvent être modifiés par les conventions particulières. » Le principe de la prescription a essentiellement un caractère de droit public et ne peut, par conséquent, pas être abandonné aux convenances des parties. » On

remarque que la commission du Conseil des Etats n'entendait viser ici que les « termes généraux » de prescription, et si l'on rapproche ses propositions du texte de notre art. 148, on doit se convaincre que le législateur n'a pas entendu restreindre, de la manière prévue à cet article, le droit des parties de modifier les délais de prescription non déterminés dans le chapitre qui nous arrête. Et, à cet égard, nous retournons à l'application du principe général, d'après lequel toute renonciation anticipée à la prescription est nulle. Or il est évident que cette renonciation ne peut pas davantage être partielle que totale, et que, comme s'interdire la faculté d'invoquer avant l'expiration d'un délai de deux ans une prescription d'une année, c'est renoncer en partie à une prescription future, on ne peut valablement convenir que la prescription s'accomplira par un temps *plus long* que celui de la loi, même dans les cas autres (cfr. cependant art. 257) que ceux des art. 146, 147, 156 al. 2. Peut-on valablement convenir qu'elle s'accomplira par un temps *plus court?* Il ne semble pas que l'ordre public soit intéressé à ce que les délais de prescription ne soient jamais abrégés; il l'est à ce que ces délais ne soient pas allongés au point de rendre illusoire l'institution même de la prescription. Nous admettrions qu'on peut substituer une prescription conventionnelle plus courte à une prescription du Code, sauf pour celles des art. 146, 147, 156 al. 2, et, par exemple, réduire à six ou trois mois le délai de garantie d'une année de l'art. 257, ou fixer à six mois le délai pendant lequel on peut actionner en vertu d'une police d'assurance[1]. Mais nous entrons déjà dans le domaine des délais se référant à des péremptions ou *déchéances* tels que ceux des art. 28, 502, 503, etc.; voir n° 177 *bis*.

Il n'est nullement défendu, au reste, de stipuler des conditions qui auront une certaine analogie, quant à leurs effets, avec une modification conventionelle des délais de prescription légaux, ainsi qu'une vente sera résolue si le prix n'en est point payé dans l'année, ou que telle dette sera éteinte si le créancier meurt, même avant l'expiration des dix ans de l'art. 146, sans l'avoir réclamée.

Répétons ici qu'en thèse générale toutes les actions sont prescriptibles, sauf celles qui, par leur nature, ne peuvent ou ne doivent pas l'être, comme l'action en partage, l'action en réclamation ou en contestation d'état, et d'autres du droit de famille. Notre Code ne mentionne aucun autre droit imprescriptible, parce qu'il n'en existe pas à proprement parler d'autres dans les matières dont il traite, que celui de l'art. 146 al. 2: *Dans la mesure où une créance est garantie par un gage, l'action ne se prescrit pas.* Les premiers projets étendaient cette disposition exceptionnelle aux créances garanties par un droit de rétention; mais les Chambres l'ont restreinte au

[1] *R. j. f.* VIII, 115.

gage (y compris celui de l'art. 210 al. 3). La prescription ne commencera à courir, dans notre hypothèse, que lorsque le droit de gage se sera éteint pour une cause ou pour une autre, perte de l'objet, ou sa remise entre les mains du débiteur, renonciation, etc. Il ne faut pas que le débiteur puisse spéculer sur la vigilance nécessairement diminuée d'un créancier bien garanti.

185. Le délai général de prescription établi par notre loi est celui de *dix ans :* il résulte de l'art. 146. Mais le Code fédéral admet d'autres délais, à savoir : *cinq ans*, art. 147, 206, 362 al. 2, 585, 611 ; — *trois ans*, art. 803 ; — *deux ans*, art. 691, 692 ; — *un an*, art. 28 al. 1er, 69, 257, 258, 362 al. 1er, 464, 637 *in fine*, 693, 804 chif. 3, et 805 chif. 3 ; — *six mois*, art. 331, 675 ; — *trois mois*, art. 804 chif. 2, et 805 chif. 2 ; — *un mois*, art. 804 chif. 1, et 805 chif. 1 ; —*quatre semaines*, art. 502, 503 ; — sans parler des prescriptions et déchéances de lois spéciales comme celles de la loi fédérale sur les transports par chemins de fer, art. 45, de la loi sur la responsabilité civile des fabricants, art. 12 et 13, etc.

L'art. 146[1] est ainsi conçu : *Les actions se prescrivent par dix ans lorsque la loi n'a pas établi une prescription plus courte* (al. 1). Nous venons de faire la nomenclature des « prescriptions plus courtes » qui sont établies par des dispositions spéciales de la loi. L'art. 146 renferme le droit commun sur la matière ; il a abaissé à dix ans, contrairement au droit romain, au droit français et à la plupart des législations modernes, le délai ordinaire de prescription qui est resté presque partout celui de trente ans ; il a tenu compte ainsi de l'immense développement de l'industrie et du commerce, de la plus grande célérité qu'on apporte aux affaires, de la nécessité qu'il y a de liquider le plus rapidement possible les droits que le créancier néglige de faire valoir.

186. On pourrait considérer encore comme un délai général de prescription, à raison du grand nombre de droits et actions qu'il vise, celui de notre art. 147 dont voici la teneur : *Se prescrivent par cinq ans* (sous réserve de l'art. 146 al. 2 et 3) :

1° *les loyers et fermages, les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques* (arrérages de rentes, dividendes, que les coupons soient nominatifs ou au porteur, etc.) ; voir en outre ce que nous avons fait observer plus haut, ad art. 151 et 152 ;

2° *les actions pour fournitures de vivres, pour pension alimentaire et pour dépenses d'auberge ;* en ce qui concerne les « fournitures de vivres », il faut entendre par là, celles qui sont faites en vue de l'entretien d'un ménage et non point, par exemple, celles

[1] A. *T. F.* XII, 637, XIV, 482 (mandat), 693 (resp. des admin. d'une soc. anon.), XVII (resp. des membres d'une soc. en nom collectif dissoute), XXIII, 1102.

dérivant des achats effectués par un négociant en denrées alimentaires pour le besoin de son commerce, ou celles faites pour la nourriture des animaux[1];

3° *les actions des artisans pour leur travail* (c'est-à-dire leurs salaires): *des marchands en détail pour leurs fournitures*[2]; *des médecins et autres gens de l'art* (patentés ou non) *pour leurs soins; des avocats, procureurs, agents de droit et notaires pour leurs services professionnels*[3] (pour la restitution de débours d'audience, d'émoluments de l'Etat, etc., payés par le mandataire, la prescription est de dix ans[4]); *des commis, domestiques, journaliers et ouvriers de fabrique, pour leurs gages et salaires.* Pour déterminer si une créance est prescriptible par cinq ou dix ans, il faut considérer au surplus moins la qualité du créancier que la nature de la créance et bien se dire que l'énumération de l'art. 147 est strictement limitative. Notons cependant qu'il importera de comparer soigneusement les versions allemande, française et italienne de notre code, car elles sont loin d'être concordantes à tous égards.

Notre loi a créé une prescription uniforme de cinq ans pour une série de prestations que d'autres législations soumettent à des prescriptions fort diverses. Elle a en outre fait abstraction de la règle posée à l'art. 2275 du C. civ. fr.

SECTION TROISIÈME

Des causes qui suspendent et de celles qui interrompent le cours de la prescription.

§ 1. *Des causes de suspension et de leurs effets.*

187. La suspension de la prescription, comme l'interruption d'ailleurs, suppose une prescription commencée bien qu'elle puisse

[1] *H. E.* X, 233.

[2] *R. j. f.* IX, 98 (il s'agit simplement ici, comme l'indique le texte français, d'actions « de personnes qui font profession de vendre des fournitures en détail » et non pas de celles dérivant de tout commerce au détail en opposition au commerce en gros). Ainsi (*H. E.* X, 239) la vente de tuiles par un tuilier ne rentre pas dans le cas de l'art. 147 chif. 3. — *Contra*, en ce sens que le *Kleinverkauf* est nettement opposé au commerce en gros (*Zeitsch. d. b. J.-V.* XXX, 123), quelle que soit d'ailleurs la quantité ou la valeur des marchandises.

[3] *J. d. T.* XLI, 64 (la prescription ne court que dès la cessation des relations entre parties, — ce qui est trop absolu, selon nous, car, en principe, les honoraires de chaque affaire traitée constituent une créance distincte, prescriptible dès que l'affaire est terminée).

[4] *R. j. f.* VI, 23 (même solution pour les frais de procès de la partie gagnante contre l'autre); *Sem. jud.*, 1888, 267.

se produire dès le début. Mais tandis que l'interruption anéantit la prescription dans le passé, la suspension la conserve, la laisse sommeiller un temps, puis courir de nouveau dès que la cause de suspension a cessé. Ainsi, je dois 1000 fr. à X., exigibles dès le 1er Janvier 1895; le 1er Janvier 1900, X. est interdit, je deviens son tuteur (cfr. art. 153 chif. 2) et je ne suis relevé de mes fonctions que le 1er Janvier 1902: la prescription a été suspendue jusqu'à cette dernière date, dès le 1er Janvier 1900, mais elle recommencera à courir à partir du 1er janvier 1902, la cause de suspension ayant disparu; et les cinq ans acquis antérieurement me seront comptés, en sorte que je pourrai prescrire pour le 1er Janvier 1907, le délai étant de dix ans en l'espèce. La suspension pourrait aussi se produire dès le début, soit dès le 1er Janvier 1895, si j'avais été tuteur de X. à cette époque; alors je n'aurais pas de temps acquis et la prescription ne commencerait pour moi qu'à la cessation de la tutelle. La supputation de la durée de la suspension se fait en conformité de l'art. 150.

Les causes de suspension sont basées sur le fait qu'un droit, exigible en soi, ne peut être réalisé ou ne peut l'être que très difficilement, pour des raisons d'ordre matériel ou juridique. Dans ces circonstances, il ne serait pas juste d'autoriser la prescription, qui repose, comme nous l'avons montré, sur une présomption inadmissible dans des cas semblables : l'inaction *volontaire* du créancier. L'art. 153, que nous allons étudier, a provoqué de longs débats, dont il résulte que la nomenclature légale des causes de suspension est absolument *restrictive*[1]. Cette nomenclature est-elle suffisante? Ceci est une autre affaire. A notre avis, il eût été simplement équitable de ranger, ce que notre code n'a point fait, les événements de *force majeure* (guerre, révolution, etc.) parmi les causes de suspension de la prescription ; qui sait si nos tribunaux ne seront pas conduits, comme la jurisprudence française en dépit du texte formel de l'article 2251 du Code Napoléon, à décider que la prescription est suspendue pendant tout le temps où il a été impossible de l'interrompre, pour des motifs au reste étrangers à la considération de la personne? Il est sage de limiter les causes de suspension, mais non point de pousser les choses à l'extrême. Quoi qu'il en soit, la pensée exprimée dans l'art. 153[2] n'est pas douteuse; on n'a entendu reconnaître comme causes de suspension que celles du dit article, dont voici le texte[3] :

[1] *A. T. F.* XXVIII², 360 et s. (limitative en ce sens même que des dispositions du droit cantonal telles que celles laissant aux *héritiers* un délai pour accepter ou répudier, ne dérogent pas à l'art. 153).

[2] *J. d. T.* XXXVI, 32; *Semaine jud.* X, 267.

[3] Voir en outre art. 57 et s. L. P., relatifs à la *suspension des poursuites*, — qui est d'ailleurs sans effet sur la prescription elle-même; cfr. art. 207, al. 3, 297 *ibid.*

188. *La prescription ne court point, et, si elle a commencé à courir, elle est suspendue :*

1° *A l'égard des créances des enfants contre leurs parents, tant que dure la puissance paternelle.* La durée de la puissance paternelle est fixée par la loi fédérale sur la capacité civile; cette puissance s'éteint par la majorité, le mariage ou l'émancipation des enfants. Mais des codes cantonaux attribuent la puissance paternelle aux père et mère (sauf que c'est, en général, le père qui l'exerce pendant le mariage), tandis que d'autres la confèrent exclusivement au père. On peut se demander si l'art. 153, chif. 1, ne concerne que les détenteurs de fait de la puissance paternelle, ou les père et mère auxquels diverses lois cantonales en accordent simultanément la faveur sinon l'exercice, ou le père seul dans les cantons qui refusent la puissance paternelle à la mère. Nous pensons qu'il n'est pas permis d'étendre ou de restreindre, suivant les cantons, la portée de l'art. 153, chif. 1, qui doit être d'une application générale et uniforme. Il s'agit moins ici, dans l'esprit du législateur, du rapport de dépendance et de tutelle créé par la *patria potestas* que des considérations de piété filiale nées des liens du sang qui rattachent l'enfant à ses auteurs. Tant que l'enfant n'a pas de volonté propre au point de vue de l'exercice de ses droits civils, tant qu'il n'est pas majeur ou émancipé, et, le plus souvent, qu'il n'a pas de position sociale indépendante, on ne peut concevoir qu'il recoure, par l'intermédiaire de son représentant légal, qui sera d'ordinaire l'un de ses auteurs, contre l'un ou l'autre de ces derniers, à des actes interruptifs de la prescription. Qu'il soit créancier de son père, détenteur de la puissance paternelle, ou de sa mère, sa situation est, non pas exactement la même, mais assez semblable dans les deux cas. Que si l'on dit que la prescription n'est suspendue que contre le détenteur de la puissance paternelle, qui sera en même temps et presque toujours le tuteur, parce qu'il serait intéressé à ne pas faire les actes interruptifs, on peut répondre que l'autorité tutélaire est là pour l'y obliger ou pour se substituer à lui, et que le chif. 1 de l'art. 153 serait en quelque sorte une superfétation eu égard au chif. 2 du même article. Bien plus, la loi parle des « *parents* », au pluriel, ainsi du père et de la mère, et elle ajoute : « tant que *dure* la puissance paternelle », et non point : « aussi longtemps et en tant qu'ils sont investis de la puissance paternelle ». Ainsi, pendant la durée de la puissance paternelle, — soit jusqu'à la majorité, à l'émancipation, au mariage des enfants, — la prescription est suspendue à l'égard des créances des enfants contre *leurs père et mère*, quelles que soient les dispositions du droit cantonal sur l'attribution de la puissance paternelle. Reste une question délicate : et si le droit cantonal permet d'enlever la puissance paternelle pour un motif quelconque? La puissance paternelle ne « dure » plus,

l'art. 153 chif. 1 n'est plus applicable, si bien que le droit des cantons en déterminerait encore, dans une certaine mesure, la portée! Mais l'ensemble des droits, — moraux et matériels, — dérivant de la puissance paternelle, ne peut jamais être perdu qu'en partie et quant à leur exercice, par suite d'un jugement. La condition de dépendance de l'enfant dans l'agrégation familiale dure jusqu'à sa majorité ou son émancipation : et tant que subsiste un vestige de la puissance paternelle, la prescription est suspendue. On ne verrait pas non plus pourquoi un enfant serait déchu du bénéfice de l'art. 153 parce que son père ou sa mère s'est fait condamner, pour mauvaise conduite, par exemple, à la perte de diverses des prérogatives attachées à la *patria potestas*.

2° *A l'égard des créances des pupilles contre leur tuteur ou contre l'autorité tutélaire, pendant la durée de la tutelle.* Nous voyons de nouveau combien il est difficile d'unifier une partie seulement du droit civil. Qu'est-ce que « la durée de la tutelle »? A l'égard de l'autorité tutélaire, la tutelle dure jusqu'à la majorité, à l'émancipation, à la mort du pupille, ou, en cas de mise sous tutelle d'un majeur, jusqu'à la main-levée d'interdiction. A l'égard du tuteur, elle se prolonge jusqu'à l'expiration des fonctions de ce dernier. Mais quand ces fonctions expirent-elles, ou même commencent-elles en réalité? Les législations cantonales divergent sur ces points et nous pensons qu'elles doivent être déterminantes, quelques inconvénients qu'il y ait à l'admettre; le texte de l'art. 153 chif. 2 ne laisse place à aucune autre solution. Faut-il, d'autre part, assimiler au tuteur le curateur ou le conseil judiciaire? Oui, sans doute, car le mot : tuteur — *Vormund*, — doit être pris dans sa signification la plus large, et les mêmes motifs peuvent être invoqués en faveur d'une suspension de la prescription, que dans le cas d'une tutelle proprement dite.

3° *A l'égard des créances des époux l'un contre l'autre, pendant la durée du mariage.* Cette cause de suspension est fondée. comme celle sous chif. 1, sur des considérations d'ordre moral et social; la paix doit, autant que possible, régner dans le ménage, et l'on conçoit aisément que la paix conjugale aurait été troublée par des actions que les époux auraient dû intenter l'un contre l'autre, pendant le mariage, pour arrêter une prescription commencée. Cette cause de suspension existe, alors même que la séparation de corps[1] de l'art. 47 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage aurait été prononcée entre époux, cette séparation n'ayant, dans notre droit, que le caractère d'une mesure provisoire qui n'atteint pas le lien conjugal; il en est de même en cas de séparation de biens.

[1] *R. j. f.* VII, 146.

4° *A l'égard des créances des domestiques contre leurs maîtres, pendant la durée de leur service.* Il s'agit ici des « domestiques » — *Dienstboten*, — dans l'acception étroite du mot, et non pas de toutes autres personnes qui louent leurs services, même au mois ou à l'année, et demeureraient dans l'habitation du maître; les domestiques sont des gens qui, payés pour le *service de la maison*, se trouvent ainsi dans des rapports particuliers de dépendance et de subordination. Il eût été équitable de traiter de la même manière les ouvriers, commis, etc., qui sont à peu près dans la même situation, mais la loi les exclut de la faveur de l'art. 153, chif. 4.

5° *Tant que le débiteur est usufruitier de la créance.* Le nu-propriétaire étant condamné à l'inaction contre l'usufruitier pendant la durée du droit de celui-ci, il est tout naturel que cette cause de suspension ait été admise. Ce cas de suspension se confondra avec celui sous chif. 1, du moins dans les cantons où existe l'usufruit paternel et pendant la durée de celui-ci.

6° *Tant qu'il est impossible de faire valoir la créance devant un tribunal suisse.* Ce sont les lois de procédure et les traités internationaux qui déterminent quand cette impossibilité a lieu. Cette cause de suspension vise notamment le cas dans lequel le débiteur est domicilié à l'étranger (cfr. traité franco-suisse du 15 Juin 1869 et art. 46 et s. L. P.) et n'a pas élu domicile dans le pays. Ce n'est d'ailleurs pas la loi du domicile du débiteur qui doit régir la prescription, et l'art. 153, chif. 6, s'applique dans toutes les circonstances où la prescription est régie par le droit suisse; il ne saurait être restreint à l'espèce dans laquelle le débiteur, qui pouvait être actionné en Suisse lors de la formation de l'obligation, n'aurait changé de domicile que par la suite[1].

189. La disposition finale de l'art. 153, dont nous avons déjà donné le sens précédemment, porte que : *La prescription commence à courir ou reprend son cours à partir de l'expiration du jour où cessent les causes indiquées au présent article* (cfr. art. 149, 150).

§ 2. *Des causes d'interruption.*

190. L'interruption a pour but, nous le savons, d'anéantir dans le passé une prescription commencée; comme on l'a dit, la suspension n'est qu'une maladie ou un sommeil de la prescription, tandis que l'interruption en est la mort. Les causes d'interruption sont de

[1] *A. T. F.* XII, 686.

deux ordres différents, et il faut, au surplus, qu'elles se produisent *avant* l'accomplissement de la prescription. *La prescription*, dispose l'art. 154, *est interrompue* (exceptions, cfr. art. 146 al. 3, 588, 806; lois fédérales sur les transports par chemins de fer, art. 45, et sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer, art. 10 al. 2, tandis que les actions dérivant de la loi féd. sur la resp. civ. des fabricants sont régies par notre article[1]) :

1° *Lorsque le débiteur reconnait la dette*[2], *notamment en payant des intérêts ou des acomptes, en constituant un gage ou en fournissant une caution*. Une pareille reconnaissance de la dette, expresse ou tacite, de la part du *débiteur* ou de son représentant, équivaut à une renonciation à la prescription commencée ; il n'est pas nécessaire qu'une somme fixe soit reconnue, pourvu que la prétention elle-même le soit ; mais si la reconnaissance n'est que partielle, la prescription n'est interrompue que jusqu'à due concurrence. Outre les faits dont la loi induit une reconnaissance tacite, on peut signaler encore la demande, émanant du débiteur, d'un délai pour le paiement, mais non la novation, ni la cession, attendu que, dans le premier cas, l'ancienne dette est éteinte et que la nouvelle ne peut être soumise qu'à une prescription particulière indépendante de l'autre, et, dans le second, que le transport d'une créance n'implique nullement en soi une reconnaissance de dette de la part du débiteur.

2° *Lorsque le créancier fait valoir ses droits, soit par voie de poursuites, soit par voie d'action ou d'exception devant un tribunal ou devant des arbitres, soit par voie de production ou d'intervention dans une faillite. La citation en conciliation équivaut à une action en justice*, — que la procédure cantonale fixe ou ne fixe point de délai péremptoire pour introduire l'instance[3]. Reprenons ces diverses formes de l'interruption :

a) *Citation en justice*, à laquelle la loi assimile une *exception* soulevée au cours du procès (ou une *demande reconventionnelle*), un *acte judiciaire* (cfr. art. 157 al. 1) et même une *citation en conciliation*. Il faut, pour que cette première forme de l'interruption soit suffisante, que, par la citation, l'exception, etc., on fasse valoir en justice, ou devant des arbitres, le droit lui-même exposé à la prescription, et on ne saurait envisager comme un acte interruptif toute assignation quelconque du créancier au débiteur à comparaître devant un tribunal, ni tout acte judiciaire accompli au cours du procès. Citations, exceptions, actes judiciaires impliquent, pour satisfaire à l'art. 154 chif. 2, la nécessité que, par eux, le créan-

[1] *A. T. F.* XVII, 125, XIX, 122.
[2] *A. T. F.* XVII, 315, 717.
[3] *A. T. F.* XXV[2], 633 et s.

cier ait « fait valoir ses droits » (voir n° 191 chif. 1 ci-après). Aussi le Tribunal fédéral a-t-il décidé que la prescription ne saurait être interrompue par le fait qu'une descente et vue des lieux a été requise, et qu'elle ne peut résulter non plus d'une provocation à la demande, ou d'une requête à fin de preuve à futur[1]. La provocation à la demande, entre autres, ne se confond nullement avec une action proprement dite, puisqu'elle tend uniquement à faire condamner une partie à porter, durant un certain délai et devant les tribunaux, une contestation dont l'autre partie a été menacée; aussi X. qui a provoqué Y. à la demande ne peut-il prétendre qu'il a, par ce fait, interrompu la prescription d'un droit qu'il a exercé plus tard seulement sous une forme ou sous une autre. Une dénonciation de litige ne suffirait pas non plus. Et maintenant, comment fixer la date de l'acte interruptif? Quand l'action est-elle introduite? C'est, selon nous, le moment de la *notification* qui fait règle, aussi bien pour la citation en conciliation que pour toute autre citation en justice, car c'est seulement à cette époque que le créancier manifeste indubitablement l'intention de « faire valoir ses droits » et d'interrompre; auparavant, quand bien même l'assignation serait rédigée et permissionnée par le juge, il n'est pas sûr qu'il y soit donné suite (ainsi MM. Schneider et Fick et Haberstich, *contra* M. Hafner, qui veut abandonner ces points aux lois de procédure).

b) *Poursuites*. Les poursuites que la loi considère comme suffisantes sont le commandement de payer (comme aussi chacun des actes ultérieurs de poursuite), la commination de faillite et l'ordonnance de séquestre, dès l'instant de la notification de l'un ou de l'autre de ces actes[2], qui doivent constituer une interpellation au débiteur pour qu'il y ait interruption.

c) *Production ou intervention dans une faillite*, à condition,

[1] *A. T. F.* XI, 368, XVII, 314. Cfr. *ibid.*, XXIV[1], 205 et s. (l'*intervention comme partie civile*, en vertu des art. 50 et s., dans un procès pénal intenté au défendeur constitue également un acte interruptif, et la prescription de l'art. 69 ne recommence à courir, en principe, que dès le jour du jugement définitif, — cette dernière proposition nous paraissant contraire au texte de l'art. 156, al. 1); XXI, 246 et s. (la *prise à partie* rentre dans les causes d'interruption, non le fait d'infliger une *amende disciplinaire* en cours d'instance, la question de savoir si tel procédé judiciaire forme un acte interruptif ne se décidant pas d'après la procédure cantonale, mais d'après les règles générales du droit).

[2] Il a été jugé (*Annales de jurispr.*, 1901, n° 333), qu'il y avait interruption dès la remise de la réquisition de poursuites, et non pas seulement dès la notification du commandement de payer au débiteur — ce qui est certainement inexact, car il n'y a d'acte interruptif que celui qui est accompli envers la personne même auquel il doit devenir opposable, — et que le commandement de payer interrompt la prescription, même si la main-levée était ultérieurement refusée, ce qui est sans doute admissible, l'art. 158 ne s'appliquant pas en matière de poursuites.

cela va sans dire, qu'elle ait lieu en temps utile (cfr. art. 231 et s. L. P.). Mais une intervention ou une production dans une liquidation volontaire ou dans un inventaire public[1], en dehors de la procédure de faillite, ou en cas de réalisation d'objets expropriés, ne constitue pas un acte interruptif (cfr. cependant art. 149). On pourrait dire, à la vérité, que le mot « faillite » a, ici, un sens plus étendu que dans notre loi fédérale du 11 Avril 1889 et qu'il désigne toute liquidation juridique, et même la saisie[2] (cfr. art. 110 et 111 de la loi précitée). Mais nous ne saurions admettre cette opinion, car l'expression « faillite » — *Konkurs* — n'a de sens que le sens technique dans lequel l'emploie la loi fédérale de 1889.

Les actes ou mesures extrajudiciaires ne produisent, bien entendu, aucun effet interruptif.

191. Nous connaissons, d'une manière générale, les *effets* de l'interruption. Elle n'agit que dans le passé : tout le bénéfice de la prescription commencée est perdu par suite d'un acte interruptif, mais, dès le moment où celui-ci se produit, une nouvelle prescription recommence. C'est ce que nous enseigne l'art. 156 : *A partir de l'interruption, un nouveau délai de prescription commence à courir* (al. 1). Cette nouvelle prescription conserve, dans la règle, le même caractère que l'ancienne et s'accomplit par le même délai. Le deuxième alinéa de notre article dit toutefois que : *Si une reconnaissance de dette a été faite par acte authentique ou sous seing privé, le nouveau délai de prescription est toujours de dix ans.* Dans cette hypothèse, la reconnaissance non seulement interrompt la prescription, mais elle l'intervertit, en ce sens que, quelle que soit la cause de la créance originaire, le nouveau délai de prescription sera invariablement de dix ans (même solution dans le cas de l'art. 28 C. O.). L'interversion adoptée par l'art. 156, al. 2, se laisse assez difficilement justifier, car on ne peut dire, comme en France (cfr. art. 2274 al. 2 C. civ. fr.), qu'il est équitable de substituer la prescription de droit commun aux très courtes prescriptions spéciales des art. 2271 à 2273 ; en effet, nous n'avons en matière de « dettes » que les deux prescriptions des art. 146 et 147, dix ans et cinq ans, et il parait superflu d'admettre l'interversion à l'égard de celles de l'art. 147. Quoi qu'il en soit, si une dette pour fournitures de vivres ou d'ouvrage, pour pension alimentaire, pour redevances périodiques, etc., est reconnue par écrit *après coup* — cette reconnaissance écrite constituant un acte interruptif, — la prescription de cinq ans est convertie dès ce moment en une prescription décennale. La reconnaissance peut résulter d'un « acte au-

[1] A. *T. F.* XXII, 1228 et s.

[2] *Zeitschrift des bern. J. V.* XXV, 259 et s.

thentique ou sous seing privé », d'une cédule, d'un compte arrêté et même d'une simple lettre. On ne peut lui assimiler une *lettre de change*, qui se prescrit selon les art. 803 et s., ou un autre titre soumis à une prescription spéciale.

192. Il convient maintenant d'examiner en détail les effets de l'interruption, dans un certain nombre de cas :

1° *Interruption par une action ou une exception*. L'interruption qui résulte d'une demande en justice ne se prolonge pas pendant toute la durée de l'instance et il ne faudrait pas croire que le créancier fût protégé contre la prescription tant que l'instance est liée. L'art. 157 al. 1 nous dit à ce sujet : *La prescription interrompue par l'effet d'une action ou d'une exception recommence à courir durant l'instance, à partir de chaque acte juridique des parties, et de chaque ordonnance ou décision du juge*. Donc, dans l'intervalle entre ces « actes juridiques », ou ces « ordonnances », ou ces « décisions », la prescription court de nouveau, pour être interrompue et recommencer à courir, chacun de ces actes ou de ces ordonnances étant le point de départ d'une nouvelle prescription de même durée que l'ancienne, que l'instance aboutisse ou n'aboutisse pas à un jugement. Les « actes juridiques » des parties et les « ordonnances » ou « décisions du juge susceptibles d'interrompre la prescription, » s'entendent vraisemblablement non point de toutes mesures quelconques prises au cours du procès, mais de celles-là seulement qui ont le caractère d'un « acte juridique », d'une *Rechtshandlung*. De plus, le nouveau délai de prescription n'est pas nécessairement celui de l'art. 146 (cfr. cependant art. 156 al. 2), mais le délai primitif, ainsi, par exemple, celui de six semaines de l'art. 336 concernant le droit de l'emprunteur de contraindre l'autre partie au versement du montant du prêt[1]. On peut se demander si l'action ou l'exception dont on s'est *désisté* efface, ou non, l'effet interruptif de la prescription ; nous estimons qu'à défaut d'une disposition contraire de la loi, — et la disposition spéciale qui figurait dans l'un des projets a même été biffée, — il y a lieu d'admettre que l'action ou l'exception conserve sa vertu interruptive dans le sens des art. 154, chif. 2, et 157, al. 1, même s'il y avait eu désistement ou péremption de l'instance, pourvu que l'action ou l'exception eût été régulièrement introduite et dans les formes légales (cfr. art. 158). Qu'advient-il, en revanche, si *l'action ou l'exception est rejetée ?* En principe, le rejet de la demande ou de l'exception entraîne la perte du bénéfice de l'interruption. Cependant, ce principe, qui serait d'une excessive rigueur, a été atténué comme suit à l'art. 158 : *Si l'action ou l'exception a été rejetée pour cause d'incompétence du juge*

[1] *A. T. F.* XX, 1018 et s.

saisi, ou bien à raison d'un vice de forme susceptible d'être couvert, ou parce qu'elle était prématurée, le créancier, dans le cas où le délai de prescription est expiré dans l'intervalle, jouit d'un délai supplémentaire de SOIXANTE JOURS *pour faire valoir ses droits.* Ainsi, lorsque l'action ou l'exception, qui doit naturellement tendre à faire valoir le droit dont on veut interrompre la prescription [1], est écartée par le juge, pour l'une ou l'autre des causes énoncées en l'art. 158, — non point pour une autre cause, car alors, ou bien le droit litigieux est perdu définitivement, ou bien la loi n'accorde plus la faveur exceptionnelle consacrée par notre article, — cette action ou cette exception, pour être en quelque sorte insuffisante, n'en a pas moins une certaine valeur en ce qu'elle manifeste clairement la volonté du créancier, signifiée au débiteur, d'interrompre la prescription. Il est nécessaire, au demeurant, que le juge ait rejeté l'action ou l'exception dans l'espèce de l'art. 158 (s'il n'y a eu qu'un désistement, l'effet interruptif subsiste donc quand l'action ou l'exception a été introduite en due forme). Mais, même dans l'éventualité dont nous nous occupons, le délai de soixante jours n'est donné que si « le délai de prescription est expiré dans l'intervalle » et il court dès le jour du jugement définitif sur l'action ou l'exception. C'est à tort, selon nous, que M. Haberstich décide que si le délai de prescription n'est pas tout à fait expiré dans l'intervalle, mais ne compte plus 60 jours, on le complétera d'autant de jours qu'il faut pour arriver au chiffre de soixante; cette interprétation est contraire au texte de la loi, qui ne donne de délai supplémentaire qu'au créancier dont les droits ont été prescrits pendant le cours de l'instance mal engagée. Il n'est pas douteux d'ailleurs que la même partie pourra invoquer, le cas échéant, plus d'une fois le bénéfice de l'art. 158; si, par exemple, son action est repoussée deux ou trois fois comme prématurée, il lui sera permis, même une troisième fois, de recourir à notre article. Il importe peu enfin que l'erreur du créancier ait été excusable ou non. Mais, ainsi que l'a jugé le Tribunal fédéral [2], l'art. 158 ne peut être invoqué par celle des parties qui a provoqué à la demande et a ensuite formé une demande reconventionnelle à laquelle on a opposé la prescription, car il doit y avoir identité entre le droit que l'on a fait valoir et celui dont on veut prétendre que la prescription a été interrompue; au reste, la provocation n'avait pas été rejetée pour incompétence du juge ou une autre des causes de l'art. 158, mais parce qu'elle n'était matériellement pas fondée.

Cet article ne s'applique pas au délai pour dresser protêt.

2° *Interruption par des poursuites.* L'art. 157 al. 2 a réglé

[1] *H. E.* IV, 232.
[2] *A. T. F.* XI, 369 ; cfr. *ibid.* XVII, 315.

cette question d'une façon très simple et très pratique : *Si l'interruption résulte de poursuites, la prescription reprend son cours à partir de chaque acte de poursuite*, — c'est-à-dire, d'après nous, de chaque *notification* d'un acte de poursuite, puisque aussi bien un acte de poursuite n'a cette qualité qu'autant qu'il est notifié; avant sa notification, il ne peut produire aucun effet contre le débiteur, pas même interrompre la prescription. Aussi la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, dit-elle, entre autres, à son art. 38, al. 2 : « La poursuite commence par la *notification* du commandement de payer »; cfr. en outre art. 149, al. 5, L. P., qui déclare *imprescriptible* la créance pour laquelle un acte de défaut de biens a été obtenu, mais qui autorise les *héritiers* du débiteur à invoquer la prescription si le créancier n'a pas fait valoir ses droits dans l'année qui suit l'acte d'addition d'hérédité (voir art. 265 *ibid.*, en cas de faillite).

3° *Interruption par production ou intervention dans une faillite.* Nous avons ici une disposition assez originale (art. 157 al. 3[1]) : *Si l'interruption résulte de la production ou de l'intervention dans une faillite, la prescription recommence à courir dès le moment où, d'après la législation sur les faillites, il est de nouveau possible de faire valoir la créance.* Les premiers projets avaient admis que la prescription ne recommencerait à courir, dans cette hypothèse, qu'à la réhabilitation ou à la mort du débiteur; on préféra tenir compte de la diversité des législations cantonales sur la matière. Cfr. art. 265, 267 L. P., et voir chif. 2 ci-dessus *in fine*.

4° *Effet de l'interruption contre des coobligés.* L'ancien droit français avait condensé dans l'adage suivant ses principes sur la matière : *de persona ad personam non fit interruptio civilis*, et l'art. 2249 du Code Napoléon les avait partiellement repris. Notre Code s'est placé à un point de vue différent, mais il est certain qu'en statuant une exception à la règle générale qu'un acte dirigé contre l'un des coobligés ne déploie pas ses effets à l'égard des autres, il l'a strictement limitée aux cas pour lesquels il l'a admise, ensorte que, par exemple, la disposition de l'art. 155 ne saurait être étendue à des coobligés qui ne revêtent ni la qualité de codébiteur solidaire, ni celle de caution [2] (voir n° 667 *in fine*).

L'art. 155 lui-même, qu'il convient d'appliquer restrictivement [3], est ainsi conçu : *La prescription interrompue à l'égard de l'un des débiteurs solidaires* (cfr. cependant art. 588 et 806) *ou de l'un*

[1] *A. T. F.* XXIII, 239.

[2] *J. d. T.* XXXIX, 608 (arrêt du T. F., du 18 Juillet 1891); cfr. *A. T. F.* XXIX[2], 258 et s.

[3] *A. T. F.* XVII, 506. — L'art. 155 ne s'applique sans doute pas dans l'espèce de l'art. 60 C. O.

des codébiteurs d'une dette indivisible, l'est également contre tous les autres. La prescription interrompue à l'égard du débiteur principal l'est également contre la caution. Mais la prescription interrompue contre la caution ne l'est pas par là même contre le débiteur principal, — (voire dans le cas de l'art. 495). quoiqu'il soit bien évident que, l'obligation de la caution se trouvant éteinte quand l'est celle du débiteur principal, la caution pourra se prévaloir de la prescription accomplie au profit de ce dernier. Ces diverses solutions peuvent se justifier à raison de ce que les débiteurs solidaires (cfr. art. 163), ou les codébiteurs d'une dette indivisible (cfr. art. 79), sont envisagés comme un seul et même débiteur envers le créancier, et, quant à la caution, à raison de ce que le cautionnement n'est qu'un accessoire de la dette. Néanmoins, il est permis de penser que l'art. 155 favorise à l'excès le créancier au détriment des codébiteurs ou de la caution qui n'ont pas été inquiétés, qui ont tout sujet de croire à une prescription acquise en leur faveur et qui apprennent tout à coup que la prescription a été interrompue, à leur insu, contre un codébiteur ou contre le débiteur principal. Il faut reconnaître, d'autre part, qu'on évitera ainsi les frais d'actes interruptifs répétés.

SECTION QUATRIÈME

Des effets de la prescription.

193. La prescription donne à celui en faveur de qui elle s'est accomplie le droit d'opposer au demandeur une exception péremptoire, c'est-à-dire d'être libéré, abstraction faite du bien ou mal fondé originaire de la créance prescrite. Celle-ci est éteinte et on ne peut plus la faire valoir sous forme d'action ni d'exception, à moins que le débiteur ne renonce à la prescription acquise, ou ne néglige de l'invoquer (voir art. 72 al. 2, 159, 160 ; cfr. aussi art. 257 et 258); il ne reste qu'une obligation naturelle (art. 72 al. 2). La prescription peut, en général, être opposée par toute personne y ayant intérêt, débiteur, caution, masse en faillite, etc. Elle peut être opposée, au surplus, de même qu'en droit français, à l'Etat et aux autres corporations publiques, comme aux simples particuliers.

194. Nous avons déjà traité plus haut les diverses questions qui se rattachent aux effets de la prescription. Nous n'y reviendrons pas, dès lors, sauf pour ajouter qu'en droit fédéral elle n'a point d'effet rétroactif et pour répéter qu'elle court au profit de toutes personnes et contre toutes personnes, en dehors des cas de suspension de l'art. 153 et de l'espèce prévue à l'art. 146 al. 2.

TITRE QUATRIÈME

DES MODALITÉS DES OBLIGATIONS[1]

CHAPITRE PREMIER

Des obligations solidaires.

195. Les obligations ne comprennent, à l'ordinaire, que deux sujets, l'un actif, l'autre passif, — le créancier et le débiteur. Mais une seule et même obligation peut être contractée au profit de plusieurs créanciers ou par une pluralité de débiteurs, entre lesquels elle se divise en général ; c'est là l'obligation *conjointe*. Dans ce cas cependant, la division peut être exclue, soit que l'obligation soit *indivisible* (cfr. art. 79), soit que de par la loi ou de par la convention elle soit solidaire. La solidarité, en particulier, est un lien si intime unissant les divers créanciers ou les divers débiteurs d'une obligation, que ceux-là et ceux-ci ne forment en réalité qu'un seul créancier ou un seul débiteur, chacun des créanciers pouvant réclamer, ou chacun des débiteurs pouvant être contraint à payer le tout, — *solidum*. De là, le mot de *solidarité*, qui est active ou passive, suivant qu'elle existe entre les créanciers ou les débiteurs.

Les obligations solidaires diffèrent essentiellement des obligations indivisibles, en ce que la solidarité a sa source dans le titre (contrat, loi) en vertu duquel les débiteurs sont obligés, tandis que l'indivisibilité découle de la nature de l'obligation, qui n'est pas susceptible d'être divisée, soit à raison de la nature de la prestation, soit par suite de la volonté des parties (voir p. 149).

[1] *Haberstich*, I, 212 et s. *Jacottet*, 119 et s. *Schneider et Fick*, 299 et s. *Hafner*, 66 et s. *Zeitschrift für schw. R.*, VI, n. sér. 113 et s. (article de M. le prof. G. Hartmann sur les *Correal- und Solidarobl. nach O. R.*). *Brüstlein et Rambert*, 327 et s. *Reichel*, 302 et s.

SECTION PREMIÈRE

De la solidarité entre débiteurs.

§ 1. *Généralités.*

196. La solidarité passive offre de grands avantages pour le créancier, car les codébiteurs solidaires doivent tous la dette entière, sont cautions pour le tout les uns des autres, si bien qu'il suffit que l'un d'entre eux soit solvable pour que le créancier ne coure aucun risque. Mais on conçoit que, comme le dit l'art. 1202 C. civ, fr., la « solidarité ne se présume point », attendu qu'elle constitue une dérogation au droit commun et une aggravation de la situation faite aux débiteurs d'une dette conjointe. Aussi notre art. 162 dispose-t-il : *Il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent vouloir s'obliger à une même chose, de manière qu'à l'égard du créancier chacun soit tenu de l'exécution pour le tout* (al. 1).

L'obligation solidaire, en tant qu'obligation conventionnelle, ne peut résulter que d'une « déclaration » des débiteurs, ce qui ne signifie pas, il est vrai, suivant le Tribunal fédéral[1], qu'elle doive être expressément stipulée ou qu'il faille employer des termes sacramentels à cet effet ; la « déclaration » peut également être tacite, en ce sens que, contrairement au système français, l'intention de s'obliger solidairement peut s'inférer des circonstances de fait, ainsi de l'ensemble des dispositions d'un contrat, pourvu qu'elles établissent clairement cette intention. Cette théorie, qui est donc celle du Tribunal fédéral, est-elle conforme au texte de la loi ? L'art. 162 exige une « déclaration » des débiteurs en vue de se lier solidairement ; or *déclarer* sa volonté veut dire, en bon français, la manifester d'une manière expresse. Le texte allemand emploie l'expression équivalente : *erklären*, et il semble que le législateur, s'il avait entendu déroger au principe du Code civil et de la plupart des législations, n'aurait pas laissé planer d'équivoque sur ce point (cfr. encore art. 166 al. 2). Mais, d'une manière générale, notre jurisprudence a interprété les mots « déclarer », ou « déclaration » dans le sens le plus étendu. partout où ils paraissent dans le texte du C. O.

197. L'art. 162, al. 2, ajoute : *A défaut d'une semblable déclaration, la solidarité n'existe que dans les cas déterminés par la loi* (fédérale ou cantonale). Les cas de solidarité légale prévus par

[1] *A. T. F.* XV, 289.

notre Code sont ceux des art. 60, 324, 401 (431), 450, 481, 495, 496, 544, 564, 565, 593, 598 et s., 623, 667, 671, 673, 674, 689, 690, 714, 717, 767, 808, 827, 836, 838, 839, 841. De plus, des lois fédérales spéciales et le droit des cantons peuvent prescrire la solidarité. On se demandera peut-être s'il est possible de la faire découler d'une disposition unilatérale, d'un testament par exemple. L'art. 162 n'admet comme sources de la solidarité que la convention et la loi.

198. Unique en ce qui concerne son objet, l'obligation solidaire est multiple quant aux engagements qu'elle suppose, puisqu'il y a plusieurs débiteurs qui sont tous tenus personnellement. Mais il n'est pas indispensable que leurs engagements soient identiques, l'un pouvant être pur et simple, l'autre conditionnel, ou l'un à terme et l'autre sans terme.

§ 2. *Effets de la solidarité passive.*

199. *A l'égard du créancier.* On a dit que la solidarité reposait, entre les divers codébiteurs, sur l'idée d'un mandat d'après lequel ils se représentent réciproquement dans leurs rapports avec le créancier. De là, l'art. 155 *init.* qui déclare que la prescription interrompue contre l'un des débiteurs solidaires l'interrompt à l'égard de tous; de là aussi, semblerait-il, la règle que l'opposition faite par l'un d'entre eux dût suspendre la poursuite contre les autres, mais l'art. 163 ne permet guère d'adopter cette solution et l'opposition de l'un ne saurait sans doute, en droit fédéral, empêcher, en l'absence d'un texte formel, le créancier de poursuivre les codébiteurs de l'opposant; de là enfin l'art. 165: *L'un des débiteurs solidaires ne peut pas aggraver par son fait personnel la position des autres* (cfr. art. 324, 401). En sa qualité de mandataire des autres, chaque débiteur solidaire les représente bien pour tous les actes destinés à conserver et perpétuer les droits du créancier, mais il ne peut « aggraver » la situation commune et ceux de ses faits par lesquels il étendrait l'obligation de ses codébiteurs ne seraient pas opposables à ceux-ci. En conséquence, il est seul responsable de la demeure encourue par lui (il doit donc seul l'intérêt de retard, contrairement à l'art. 1207 C. civ. fr.), de ce qu'il promet au delà de la dette, de sa renonciation à la prescription (art. 159), etc. Si l'objet de l'obligation est un corps certain et qu'il soit perdu par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs solidaires, tous restent tenus envers le créancier, sauf leur recours contre le débiteur fautif ou en demeure, mais ils ne pourraient sans doute être recherchés à raison de dommages et intérêts excédant la valeur de la chose. Si l'un deux négligeait d'opposer des exceptions communes à tous (cfr. art. 164 al. 2), la responsabilité

des autres subsisterait, sauf leur recours, bien entendu, contre le codébiteur négligent.

200. Le principal effet de la solidarité entre le créancier et les débiteurs est énoncé en ces termes à l'art. 163 : *Le créancier peut, à son choix, exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux le paiement de la totalité ou d'une partie seulement de la créance. Même dans ce dernier cas, tous les débiteurs restent tenus jusqu'à l'extinction complète de l'obligation.* Ce qu'il y a d'essentiel à relever dans cette disposition légale, c'est que le créancier n'est pas présumé renoncer à la solidarité en ne réclamant à l'un des débiteurs que sa part dans la dette et que, même dans cette hypothèse, ils continuent à devoir *totum et totaliter*. La remise de la solidarité ne peut se fonder que sur une déclaration expresse ou sur des circonstances assez décisives pour qu'on l'en puisse inférer d'une manière certaine ; on ne saurait déjà considérer la solidarité comme remise, parce que l'un des débiteurs aurait reçu quittance pour sa part, même sans la réserve qu'il demeure responsable avec ses coobligés. Notre loi est même plus favorable au créancier que le Code civil.

201. Nous avons à signaler encore un cas particulier (pour l'historique et les généralités, voir ad art. 810), celui de la *faillite de plusieurs des débiteurs solidaires*. Comment et dans quelle mesure le créancier pourra-t-il intervenir dans les masses de chacun de ses débiteurs ? A cette question, l'art. 216 L. P., qui a virtuellement abrogé l'art. 167[1] C. O., répond comme suit : *Lorsque plusieurs personnes engagées pour la même créance se trouvent simultanément en faillite, le créancier peut faire valoir sa créance entière dans chacune des faillites. — Si les dividendes réunis sont supérieurs au montant de la créance, l'excédent est dévolu aux masses qui ont payé au delà de la part dont le failli était tenu à l'égard de ses coobligés* (alin. 1 et 2); cfr. art. 168 C. O. Ceci ne s'applique point en matière de *dettes indivisibles,* qui se convertissent de par la faillite en obligations divisibles (cfr. art. 79, 80 C. O.). Imaginons trois débiteurs d'une dette solidaire de 1000 fr., A., B. et C. ; ils tombent en faillite. Le créancier produit pour 1000 fr. plus les accessoires, dans chaque masse ; s'il obtient le 20 % dans la masse de A., le 60 % dans celle de B., il ne pourra plus recevoir que le 20 % dans celle de C., quand bien même elle distribuerait un dividende supérieur, ou, s'il recevait plus, on appliquerait l'art. 70 C. O. Qu'en est-il du recours des

[1] Art. 167 : Le créancier peut faire valoir sa créance entière dans la faillite de chacun des débiteurs solidaires. — Le dividende auquel il a droit se calcule dans chaque masse, d'après le chiffre intégral de la créance. Toutefois il ne peut recevoir, en tout, une somme supérieure à ce chiffre.

masses l'une contre l'autre ? Le droit français le rejetait (sauf art. 543 *in fine* C. com.). La loi de 1889 l'admet dans ces termes : *Les diverses masses n'ont pas de recours les unes contre les autres pour les dividendes qu'elles ont payés, tant que le montant de ceux-ci ne dépasse point la somme due au créancier* (art. 216, alin. 3); cfr. art. 810, alin. 2 C. O. Mais ce recours sera souvent illusoire, du moins contre les masses définitivement liquidées avant celles qui auront contribué, pour un dividende supérieur à leur part, à l'acquittement de la dette solidaire. Le problème, au surplus, appelle une solution uniforme, quel que soit l'ordre dans lequel les masses auront opéré la distribution des deniers. « Tant que le total des dividendes ne dépasse pas 100 % de la créance, peuvent dire MM. Brüstlein et Rambert, tout recours d'une masse contre l'autre est prohibé ; en revanche, lorsque le total des dividendes dépasse le 100 %, il y a recours de qui de droit et l'excédent est appliqué par privilège au remboursement de la masse qui a payé plus que sa part et portion. » Ce système ne fournira pas toujours des résultats mathématiquement justes ; il a le mérite d'être simple et clair, — et c'est bien celui que le législateur paraît avoir voulu consacrer.

201 *bis*. Il convient de rattacher encore aux matières traitées par l'art. 167 C. O., l'art. *217 L. P.*, dont nous transcrivons le texte ci-après : *Lorsqu'un obligé du failli a reçu un acompte sur la dette, celle-ci est néanmoins admise au passif pour le montant primitif, lors même que le coobligé n'aurait pas de recours contre le failli* (alin. 1); cfr. art. 208 L. P. Ici, la loi suppose qu'un des codébiteurs solidaires est en faillite, alors que les autres n'y sont pas ; elle règle les droits respectifs du créancier et des coobligés du failli envers la masse de ce dernier. Malgré un paiement partiel effectué par l'un des codébiteurs du failli, avant la déconfiture de celui-ci, c'est le montant originaire de la dette qui sera produit dans la faillite, qui ne doit ni améliorer ni non plus compromettre la situation du codébiteur et du créancier. A. et B. sont codébiteurs solidaires de C. pour une somme de 1000 fr. A. tombe en faillite ; C. se fera colloquer dans la masse pour le montant total de sa créance. Si B., ayant versé un acompte de 800 fr., intervient pour les 300 fr. qu'il a payés en sus de sa part (soit en sus de 500 fr.), son intervention et celle de C. n'en formeront qu'une seule : si la liquidation donne du 50 %, C. prendra 200 fr. pour parfaire les 1000 fr. qui lui sont dus, et le 30 % disponible se partagera par moitié entre B. et la masse de A. C'est bien ce qui découle des alin. 2 et 3 de l'art. 217 : *Le droit de produire dans la faillite appartient au créancier et au coobligé. — Le créancier perçoit le dividende jusqu'à concurrence de sa réclamation ; l'excédent revient au coobligé pour le dividende afférant à son*

droit de recours, à la masse pour le surplus. Quand un acompte a été versé après l'ouverture de la faillite, il va de soi que le créancier peut néanmoins produire ou maintenir sa production pour le montant primitif de la créance.

202. *Entre les débiteurs.* Si les débiteurs sont tenus pour le tout envers le créancier, entre eux ils ne sont obligés chacun que pour sa part et la solidarité cesse de plein droit. Dès lors, l'art. 168[1] dit : *A moins que le contraire ne résulte des relations de droit existant entre les codébiteurs solidaires* (cfr. art. 504 et s., 762 et s., 808), *chacun d'eux doit prendre à sa charge une part égale du paiement fait au créancier* (cfr. néanmoins art. 60, al. 2). — *Ce qui ne peut être récupéré de l'un d'eux se répartit par portions égales entre tous les autres* (al. 1 et 2), — toujours sous la réserve inscrite au début de notre article. Il découle notamment de ce texte que celui des débiteurs solidaires qui a payé n'a contre chacun de ses codébiteurs qu'un recours pour sa part contributoire, les parts étant présumées égales sauf preuve du contraire ; et ceci n'est pas même contestable au vu de l'art. 168, al. 3, qu'on trouvera plus loin. D'un autre côté, il est évident que si la dette solidaire ne concernait, en réalité, qu'un ou deux des coobligés, les autres ne seraient à leur égard que des cautions.

La loi ajoute à l'art. 168, al. 3 : *Le débiteur solidaire qui jouit d'un recours* (c'est-à-dire qui a payé au delà de sa part contributoire) *est subrogé à tous les droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'il lui a payé*, — mais, sa part déduite, à moins que « le contraire ne résulte de relations de droit spéciales ». Cette subrogation a lieu de plein droit (cfr. art. 126, 185, 190), dès et par le seul fait du paiement ; elle ne se produit d'ailleurs contre chacun des autres codébiteurs que pour sa part et portion. Une cession en due forme ne conférerait pas plus de droits au codébiteur payant.

203. *Si le créancier* — art. 168, al. 4 — *a amélioré la condition de l'un des codébiteurs au détriment des autres, il supporte personnellement les conséquences de ce fait.* Le créancier peut, en revanche, sans rien perdre de ses droits, s'engager envers l'un des débiteurs à ne le poursuivre qu'en dernière ligne, ou à ne lui réclamer que sa part contributoire, puisque, ce faisant, il n'agit pas « au détriment des autres ». Mais, et ce sera le cas le plus fréquent d'une application de l'art. 168 *in fine*, mais s'il fait remise de la dette à l'un des débiteurs, il ne peut plus actionner les autres qu'en déduisant sa part du montant total de la dette, puisqu'il les a privés de leur recours à cet égard. Soient A., B. et C. codébiteurs solidaires d'une somme de 3000 fr. ; le créancier a fait remise à C. de sa part,

[1] A. *T. F.* XV, 423, 438, XVI, 220, XVIII, 319 (inapplicabilité de l'art. 168 au recours d'une soc. d'assurance contre l'auteur du dommage subi).

soit de 1000 fr., il ne peut plus réclamer aux deux autres que 2000 fr. En outre, s'il avait renoncé à réclamer la part de C. et que B. devînt insolvable, il ne pourrait exiger de A. que 1500 fr. (au lieu de 2000 : cfr. art. 168, al. 2), A. ayant perdu son recours de 500 fr. contre C. à raison de la remise de la dette faite à ce dernier. Et si le créancier se bornait à accorder un terme à l'un des débiteurs qui deviendrait insolvable dans l'intervalle ? Une exception de libération de ce chef ne pourrait être fondée que sur la preuve d'une négligence imputable au créancier.

204. Voir en outre art. 166, al. 2.

§ 3. *Des exceptions que les codébiteurs solidaires peuvent opposer au créancier.*

205. A l'égal de tout autre débiteur, le codébiteur solidaire est autorisé à opposer au créancier les moyens de défense à sa disposition. On comprend cependant qu'il ne puisse tirer sa libération de moyens qui sont purement personnels à un ou à quelques-uns des autres codébiteurs. Il ne peut faire valoir contre le créancier que les exceptions qui lui appartiennent directement et celles qui, dérivant de la nature de l'obligation ou ayant quelque autre fondement, sont communes à tous les débiteurs. L'art. 164 nous dit, en effet : *Le codébiteur solidaire* (cfr. art. 134, 505 et 811) *ne peut opposer au créancier d'autres exceptions que celles qui résultent, soit de ses rapports personnels avec lui, soit de la cause ou de l'objet de l'obligation elle-même* (al. 1). En d'autres termes, il est en droit d'opposer :

1° les *exceptions qui lui sont personnelles* (à l'exclusion de celles qui sont personnelles à d'autres codébiteurs), soit celles qui ont pris naissance dans sa personne, ainsi la remise de la dette qui lui aura été faite à lui, la compensation, les vices de son consentement, son incapacité de s'obliger, le concordat qui lui aurait été accordé, le bénéfice du terme ou la condition stipulée seulement à son profit, etc.

2° les *exeptions communes à tous*, reposant sur l'inexistence ou le caractère illicite de l'obligation, sur sa nullité pour vice de forme ou vices du consentement qui auront affecté la volonté de tous les débiteurs, ou le paiement, la novation, la prescription, la perte en cas de dette d'un corps certain, l'exercice d'un droit de rétention, par exemple, dans les espèces où les débiteurs en auront un sur l'objet à livrer en leur qualité de dépositaires, commissionnaires, voituriers, etc.

3° les *exceptions basées sur l'art. 168, al. 4.*

206. D'après l'art. 164, al. 2 : *Il* (le codébiteur solidaire) *est res-*

ponsable envers ses coobligés s'il ne fait pas valoir les exceptions qui leur sont communes à tous. Il serait ainsi déchu de son recours contre eux, mais dans la mesure seulement où sa négligence leur aurait porté préjudice. Soient A., B. et C. qui se sont engagés solidairement à rembourser à X. une somme de 1000 fr., montant d'une dette de jeu ; A. est poursuivi, il paie sans opposer l'exception de jeu, il a perdu son recours contre B. et C. Si la dette de 1000 fr. ne comprenait que 500 fr. comme dette de jeu, il ne perdrait son recours que jusqu'à concurrence de cette somme. Il ne s'expose, par contre, à aucun danger s'il ne soulève pas des exceptions qui lui sont personnelles, comme celles de la compensation, de son incapacité, etc.

On s'est demandé ce qui arriverait si le débiteur n'opposait pas une exception qui ne lui est point connue. « D'après le texte formel de cet article (164, al. 2), disent MM. Schneider et Fick, il n'en perd pas moins son recours en omettant de la faire valoir, à moins que le codébiteur auquel il s'adresse n'ait eu l'obligation de la lui faire connaître ». Suivant nous, il est responsable absolument à raison des exceptions qu'il devait connaître et qu'il a négligé de soulever ; il est responsable des autres, s'il n'a pas mis ses codébiteurs en demeure de lui signaler leurs moyens de défense.

§ 4. *Extinction des obligations solidaires.*

207. En ce qui concerne la solidarité elle-même, elle cesse par la remise qui en est faite (cfr. art. 163), puis, à l'égard des héritiers de l'un des codébiteurs dans les cantons qui ont sur ce point une règle analogue à celle de l'art. 873 C. civ. fr., et enfin par l'extinction de l'obligation solidaire elle-même. *Si l'un des débiteurs solidaires* — art. 166 — *éteint la dette en tout ou en partie, par voie de paiement ou de compensation, les autres sont libérés jusqu'à concurrence de la portion éteinte* (al. 1), — mais sous réserve, naturellement, de son droit de recours en conformité de l'art. 168. La loi ne mentionne que le paiement et la compensation ; il faut leur assimiler la remise totale ou partielle de la dette envers tous, l'impossibilité d'exécuter (art. 145), la consignation, et, en général, la novation et la prescription.

208. *Lors, au contraire,* déclare l'art. 166, al. 2[1], *que l'un des débiteurs solidaires est personnellement libéré, sans que la dette elle-même ait été payée, ce fait ne profite aux autres que dans la mesure que comportent les circonstances* (cfr. art. 168, al. 1 et 4)

[1] *A. T. F.* XV, 291 (dans le cas d'un bail contracté solidairement par deux preneurs, la mort de l'un n'entraine pas la libération de l'autre et l'art. 166, al. 2, est inapplicable).

ou la nature de l'obligation (cfr. art. 129, 501). Le juge a, dans ce domaine, une très grande latitude. Prenons quelques exemples.

Un créancier a dù adhérer au concordat d'un des codébiteurs solidaires, les autres codébiteurs n'étaient certainement pas libérés pour le surplus de la réclamation[1] avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes (il en est de même depuis, sous les conditions de l'art. 303 de la dite loi). L'un des débiteurs devient l'héritier unique du créancier, ou le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion qui se produit n'éteint la dette solidaire que pour la part du débiteur ou du créancier en question et la laisse subsister à l'égard des autres pour le solde. Si le créancier perd par sa faute son procès contre l'un des codébiteurs, il n'a plus le droit de poursuivre les autres pour la part de ce dernier. Si la remise de la dette n'a été accordée qu'à l'un des codébiteurs, elle ne profite aux autres que dans les limites de l'art. 168 *in fine*, soit jusqu'à concurrence de sa part contributive. Si le corps certain, objet de l'obligation, a péri par cas fortuit entre les mains de l'un des débiteurs, tous sont libérés, etc.

SECTION DEUXIÈME

De la solidarité entre créanciers.

209. Autant la solidarité entre débiteurs apparaît fréquemment dans la pratique des affaires, autant la solidarité entre créanciers est longtemps restée presque une notion de pure théorie ; on la rencontre, en matière de banque, dans ce qu'on appelle les *comptes-conjoints*, où les créanciers (deux époux, deux frères, par exemple) apparaissent comme des créanciers solidaires en vertu du compte, et c'est ici un cas dans lequel les créanciers peuvent avoir intérêt à la stipuler, car, en général, elle n'a de raison d'être que lorsqu'elle est exigée par le débiteur. *Il y a solidarité entre plusieurs créanciers*, nous apprend l'art. 169, *lorsque le débiteur déclare vouloir donner à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance. — A défaut d'une semblable déclaration, la solidarité n'existe que dans les cas déterminés par la loi*, — et nous n'en connaissons aucun en droit fédéral (cfr. toutefois art. 79). Chacun des créanciers solidaires est autorisé, — mais il n'est pas obligé — à réclamer le paiement intégral de la dette, sauf à partager ensuite avec ses co-créanciers par portions viriles, si le titre ou la loi n'en dispose pas autrement.

[1] *Bucher*, l. c., ad art. 166.

210. L'art. 170 prescrit, au surplus : *Le paiement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers tous. — Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des dits créanciers, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux;* voir la solution contraire de l'art. 428 C. civ. al. En outre, tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un profite aux autres. Mais la remise de la dette faite par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier, car, à défaut d'un texte spécial, une obligation ne produit d'effet qu'entre ceux qui y interviennent, soit personnellement, soit par des représentants dûment autorisés ; dans l'espèce de la confusion qui se produirait à l'égard du débiteur et de l'un des créanciers solidaires, les droits des autres créanciers subsistent sous déduction de la part éteinte par confusion.

CHAPITRE II

Des obligations conditionnelles.

SECTION PREMIÈRE

De la condition en général et de ses diverses espèces.

211. Nous avons examiné déjà diverses modalités des obligations, entre autres l'indivisibilité (art. 79) et la solidarité (art. 162 et s.) Notre Code mentionne encore, comme telles, les *conditions*, les arrhes, le dédit et la clause pénale ; mais il ne traite, dans ce chapitre, que des obligations conditionnelles opposées aux obligations pures et simples. Une obligation est conditionnelle, lorsqu'elle dépend d'une condition, c'est-à-dire lorsque son existence ou sa résolution est subordonnée à un événement *incertain*, futur ou non, car un événement actuellement arrivé peut entrer dans une condition pourvu qu'il soit ignoré des parties — incertain — au moment où celles-ci contractent ; ce dernier point n'est pas douteux au vu de l'art. 171. L'incertitude de l'événement quant à sa réalisation est l'unique mais indispensable élément de la condition (voir toutefois l'art. 177, dons nous parlerons tout à l'heure). C'est là ce qui distingue la condition du *terme*, qui peut d'ailleurs être certain ou incertain, mais qui, s'il est subordonné à un évé-

nement incertain, ne peut l'être qu'à un événement incertain quant à *l'époque* de sa réalisation et non quant à sa réalisation même, qui est certaine. Je vous paierai 1000 fr. dans un an, — le terme est certain. Je vous paierai 1000 fr. à la mort de X., — le terme est incertain, mais l'événement de la mort de X. n'est incertain que quant à sa date. Je vous paierai 1000 fr. quand X. se mariera, — nous avons ici une condition, parce que l'événement du mariage de X. est incertain quant à sa réalisation elle-même. Le terme diffère encore de la condition en ce qu'il ne suspend point l'engagement, en ce qu'il n'en affecte pas l'existence, mais en ce qu'il en retarde seulement l'exécution ; l'obligation conditionnelle n'existe pas ou n'existe que sous menace de résolution, *pendente conditione*, l'obligation à terme existe dès qu'elle est formée et son exécution seule est différée.

211 *bis*. Les obligations conditionnelles peuvent être cédées (art. 183), cautionnées (art. 492, al. 2), etc. Voir, en outre, art. 210, 264, alin. 3, 305, alin. 3, 311 L. P. Et toutes les obligations peuvent être conditionnées, sauf celles toutefois qui, de par leur nature, ne sauraient être que pures et simples, ainsi les engagements de change.

212. Le caractère essentiel de la condition est bien l'incertitude de l'événement quant à sa réalisation. L'art. 177 ajoute : *Lorsque la condition stipulée a pour objet de provoquer* — le texte allemand dit : *befördern*, favoriser, seconder, et a, par conséquent, un sens plus étendu — *un acte illicite*[1] *ou immoral, l'obligation qui en dépend est nulle et de nul effet*. Cet article est assez mal rédigé. Sans revenir sur l'observation que nous avons présentée en le citant, nous constatons qu'il paraît ne s'occuper que des *actes* — *Handlungen* — illicites ou immoraux ; mais il vise sans doute les *faits* plutôt que les actes, et ceux d'omission à l'égal de ceux de commission. Aussi MM. Schneider et Fick vont-ils jusqu'à admettre « la nullité de la promesse qui serait faite à quelqu'un pour le déterminer à s'abstenir d'un acte contraire aux lois et aux bonnes mœurs, car l'acceptation d'un avantage pécuniaire ou matériel comme prix d'une semblable abstention est en soi un acte immoral ». Ensuite, à consulter le texte français, on pourrait croire qu'il parle uniquement des conditions tendant à « provoquer », à faire naître un acte illicite ou immoral, à l'exclusion de celles qui auraient pour but d'en hâter, faciliter ou cacher la perpétration ; le texte allemand est aussi dé-

[1] Que décider d'une dette remboursable *nach Thunlichkeit*, — quand cela sera possible au débiteur ? L'obligation n'est pas nulle, ni la condition qui l'affecte, mais on ne peut exiger l'exécution immédiate et le juge est autorisé à fixer des délais équitables pour le remboursement (*A. T. F*, XXII, 1175 et s.).

fectueux sur ce point, car le mot *befördern* ne peut s'appliquer qu'à un acte dont l'exécution est déjà commencée ou qui doit être accompli en partie par un autre. Quelques scrupules que l'on éprouve à interpréter extensivement une disposition comme celle de l'art. 177, nous n'hésitons pas à la formuler ainsi : « Toute condition d'une chose prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs, est nulle et de nul effet ». Il importe peu que la condition ait pour objet de « provoquer » ou de faciliter dans son exécution, ou de soustraire même aux légitimes investigations de l'autorité, un acte illicite ou immoral ; dans tous ces cas, elle entraînera la nullité de l'obligation subordonnée à sa réalisation. Que l'on me vende un objet, me fasse un prêt, etc., sous la condition que je commette un crime, ou que je ne le dénonce pas, ou que je prête aide à un criminel, le contrat sera nul.

Notre Code mentionne à l'art. 177 : 1° les conditions *illicites*, c'est-à-dire contraires aux lois fondées sur l'intérêt public et auxquelles les particuliers ne peuvent pas déroger, et 2° les conditions *immorales*, qu'il n'est pas nécessaire de définir et dont voici un exemple emprunté à notre jurisprudence : est nul, comme affecté d'une condition immorale, le contrat par lequel celui qui a rendu une femme enceinte, promet de payer à celle-ci une indemnité, moyennant qu'elle s'engage à se porter en tout temps comme témoin qu'il n'est pas l'auteur de la grossesse, et, qu'à défaut de satisfaire à cette condition, elle s'oblige à restituer ce qu'elle aurait reçu[1] ; en revanche, une clause qui, dans un contrat d'assurance sur la vie, exclurait le paiement du montant assuré en cas de suicide n'aurait rien de contraire aux mœurs[2]. L'art. 177 ne parle pas des conditions *impossibles* (cfr. art. 17). Est-ce un oubli ? Est-ce une lacune intentionnelle ? La question n'a pas une grande importance pratique, les conditions impossibles ne pouvant guère être imposées que par un fou, ou en manière de plaisanterie. Quoi qu'il en soit, celles qui ne peuvent *absolument* pas se réaliser, doivent empêcher l'acte juridique qui leur est subordonné de produire un effet quelconque, et nous appliquerions par analogie l'art. 177 ; il faudrait sans cela les réputer non écrites et aucun texte ne nous y autorise. Même solution pour les conditions absurdes ou inintelligibles.

Les *deux* parties peuvent, bien entendu, proposer la nullité dérivant de l'art. 177 ; cette nullité est radicale.

213. Ainsi que l'exprime l'art. 1175 C. civ. fr., « toute condition doit être *accomplie* de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu... qu'elle le fût ». Les art. 1176 et 1177 du même

[1] *J. d. T.* XXXIII, 692.
[2] *A. T. F.* XV, 416.

Code contiennent des règles générales fort simples, que nous pouvons nous approprier : Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, — par exemple, si vous faites tel examen dans l'année, — cette condition est censée défaillie, lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, — par exemple, si vous faites votre examen, sans indication de délai, — la condition peut toujours être accomplie et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas, ainsi à votre décès. Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, — par exemple, que vous ne ferez point votre examen dans l'année, — cette condition est accomplie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé ; elle l'est également si, avant le terme, il est certain que l'événement ne se produira pas ; et, s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera point.

Notre Code ne renferme que deux dispositions relatives à l'accomplissement des conditions :

1° Art. 175 : *Si la condition est que l'une des parties fasse une chose, sans qu'il soit essentiel qu'elle la fasse elle-même, son héritier peut accomplir la condition en son lieu et place.* Ce serait le cas du paiement régulier des intérêts d'une somme due, ou des primes en vertu d'un contrat d'assurance ; cfr. cependant art. 204 L. P.

2° Art. 176 : *La condition est réputée accomplie, lorsque l'une des parties en a, de mauvaise foi, empêché l'accomplissement.* Vous me vendez votre cheval, à condition que j'aille à Paris dans la quinzaine ; puis, vous vous repentez d'avoir conclu marché, vous me cherchez querelle et me maltraitez de telle façon que je ne puisse faire le voyage dans le délai convenu ; la vente n'en sera pas moins tenue pour définitive, comme si la condition s'était accomplie. Voir, en outre, le cas différent de l'art. 172.

214. On distingue plusieurs espèces de conditions :

1° les conditions *positives* ou *négatives*, suivant que leur accomplissement consiste dans l'arrivée ou dans la non-arrivée de l'événement ;

2° les conditions *casuelles*, *potestatives* (cfr. art. 175), *mixtes*, selon qu'elles dépendent exclusivement du hasard, — ou qu'elles font dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une des parties de provoquer ou d'empêcher, — ou qu'elles dépendent à la fois de la volonté de l'une des parties et de la volonté d'un tiers ou du hasard ;

3° les conditions *suspensives* et *résolutoires*, — la seule distinction à laquelle notre Code attache de l'importance.

SECTION DEUXIÈME

Des conditions suspensives.

215. La condition suspensive est régie par les art. 171 à 173. L'art. 171 lui-même est d'une portée assez générale, et sa première phrase s'applique à toute espèce de conditions : *L'obligation est conditionnelle, lorsque la formation en est subordonnée à un événement incertain*[1]. *Elle ne produit ses effets* (cfr. art. 269) *qu'à partir du moment où la condition s'accomplit, à moins que les parties n'aient manifesté une intention contraire.* Cette prescription légale vise bien, *in fine*, le cas d'une condition suspensive proprement dite, qui affecte l'existence même de l'obligation, cette dernière ne prenant naissance que si la condition se réalise. Je loue, par exemple, votre ferme, votre appartement, si je ne suis pas réélu aux fonctions que j'occupe à cette heure, ou si tel autre événement arrive jusqu'à telle époque. En attendant que la condition se réalise. il n'y a pas de contrat de bail ; celui-ci ne se forme que lorsque la condition s'accomplit, et il ne s'est pas formé du tout si la condition vient à défaillir. Ajoutons que les parties doivent être capables de contracter lorsqu'elles s'engagent conditionnellement. mais qu'il n'est pas nécessaire qu'elles le soient lorsque la condition se réalise.

Contrairement au droit français, la condition suspensive accomplie *n'a point d'effet rétroactif*, en droit fédéral, à moins que les parties n'en aient disposé autrement ; le contrat est censé exister et il sort ses effets dès le moment où se produit l'événement auquel il était subordonné. Tant qu'un droit n'est que conditionnel (suspensivement), c'est plus qu'une espérance et ce n'est pas encore un droit, ou, si l'on veut, c'est un droit imparfait, qui est déjà protégé par la loi, qui fait désormais partie du patrimoine, qui est aliénable, qui est transmissible aux héritiers du créancier et qui oblige les héritiers du débiteur, etc. ; mais, tant que la condition est en suspens, le débiteur ne peut naturellement être tenu à exécuter, il a, s'il payait, l'action de l'art. 72, il ne peut prescrire et les risques de la chose due restent à la charge du créancier (cfr. art. 204 al. 2).

[1] *A. T. F.* XXI, 872 et s. (la créance subordonnée à une condition suspensive est présumée avoir *existé avant* l'accomplissement de celle-ci).

216. L'art. 173 prévoit l'hypothèse suivante : *Si, avant l'accomplissement de la condition, la chose promise a été livrée au créancier, il peut, lorsque la condition s'accomplit, conserver les fruits qu'il a perçus dans l'intervalle ; lorsque la condition vient à défaillir, il est tenu de les restituer,* — le tout, sauf stipulation contraire des parties. La restitution se fait en nature ou par équivalent.

217. Le droit conditionnel, pour n'être qu'un droit imparfait, n'en éveille pas moins, nous le savons, la sollicitude du législateur. *Tant que la condition n'est pas accomplie,* nous apprend l'art. 172, *le débiteur* (c'est-à-dire celui dont l'engagement est conditionnel) *doit s'abstenir de tout acte de nature à empêcher que l'obligation ne soit dûment exécutée* (al. 1). Si le débiteur contrevenait à cette prescription, il s'exposerait à une action en dommages et intérêts basée sur les art. 110 et s. Mais il ne faut pas confondre ce cas avec celui de l'art. 176, qui vise un empêchement apporté à la réalisation de la condition, tandis qu'il s'agit ici d'un empêchement à l'exécution du contrat dans l'éventualité où celui-ci se serait formé par suite de l'accomplissement de la condition. Par exemple, je vous vends mon cheval si, dans le courant de l'année, je suis dispensé du service militaire ; je ne pourrais, aux termes de l'art. 172 al. 1, plus disposer de mon cheval, *pendente conditione,* puisque par là j'empêcherais que « mon obligation ne fût dûment exécutée ».

Cette protection assurée au droit conditionnel nous vaut, en outre, l'art. 172 al. 2 : *Le créancier dont les droits conditionnels sont mis en péril, peut prendre les mêmes mesures conservatoires que si sa créance était pure et simple.* Il est autorisé à exercer tous les actes conservatoires ressortissant à un créancier, à faire valoir sa créance dans une faillite, à requérir un séquestre (art. 264 al. 3 et 271 et s. de la loi féd. sur la poursuite pour dettes), à recourir à une mesure provisoire, etc., mais il va sans dire qu'il n'est pas garanti davantage qu'un créancier ordinaire.

Voir, de plus, art. 210 L. P.

SECTION TROISIÈME

Des conditions résolutoires.

218. La condition résolutoire (ainsi dans le cas du pacte commissoire) est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation ou la résolution de l'obligation (cfr. art. 95, 122 et s., 332) ; celle-ci

existe jusqu'à l'arrivée de la condition, s'éteint si elle se réalise, est définitivement constituée si elle ne se réalise point. *Pendente conditione*, l'obligation est assimilée à une obligation pure et simple, soumise à une incertaine éventualité de résolution. A l'opposé de ce que prescrivaient le droit romain et le Code civil, la condition résolutoire *n'a point d'effet rétroactif* d'après notre loi, à moins que les parties ne soient convenues du contraire. Aux termes des articles du Code Napoléon sur la matière, le contrat révoqué par l'arrivée de la condition est envisagé comme s'il n'avait jamais été formé et toutes choses sont remises dans l'état antérieur. Cette solution n'a donc pas été adoptée par notre Code, suivant lequel la résolution ne produit en principe son effet que *ex nunc*, dès le moment où elle a lieu. Mais quelle est, dans l'espèce de l'art. 174 que nous transcrivons ci-après, la situation des parties ?

Nous voyons d'abord à l'art. 204 al. 2 que les *risques* ne passent à l'acquéreur, lorsque le contrat a pour objet l'aliénation d'un corps certain, « qu'à partir de l'accomplissement de la condition ». Ce texte ne s'applique cependant qu'aux aliénations sous condition suspensive, puisque, dans le cas d'une condition résolutoire, l'art. 174 prescrit que le « contrat cesse de produire ses effets à partir du moment où la condition s'accomplit ». Il nous paraît que les risques de la chose aliénée sous condition résolutoire doivent passer à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, car le contrat ainsi conditionné est conclu, il vit, il produit ses effets à compter de sa date, et sa résolution, ne rétroagissant pas, ne saurait influer sur la question des risques telle qu'elle se trouvait réglée pendant que la condition était en suspens. On comprend qu'il en soit autrement quand la condition est suspensive et que la conclusion du contrat n'a lieu que par l'accomplissement de la condition; de là aussi, mais pour cette hypothèse seulement, la disposition particulière de l'art. 204 al. 2.

D'un autre côté, aussi longtemps que la condition est en suspens, le contrat confère des droits résolubles à la vérité, mais des droits aliénables et transmissibles. Etant résolubles (*ex nunc*, nous l'avons dit), ils ne peuvent cependant être cédés et transférés que comme droits conditionnels, si tant est que la non-arrivée de la condition dans le temps fixé ne les ait pas consolidés. L'acquéreur jouira des fruits, paiera l'intérêt du prix de vente, par exemple, mais s'il transférait la propriété même de la chose vendue, ce transfert serait résolu par l'accomplissement de la condition, sauf l'art. 205, et le tiers-acquéreur serait exposé à l'action en revendication du vendeur originaire, à moins qu'il ne fût de bonne foi, qu'il n'ignorât le caractère conditionnel des droits de son ayant-cause. Toujours dans l'espèce où la condition se réaliserait, où le contrat serait résolu, les parties doivent se restituer ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre, soit en nature, soit par équivalent, et sous réserve de tous dommages

et intérêts si la restitution de la chose non fongible faisant l'objet du contrat n'avait pas lieu en nature, ensuite d'une faute imputable à l'une d'elles (cfr. art. 110 et s.).

Si la condition ne s'accomplit pas, le contrat est définitivement formé et, sans doute, il *rétroagit* ici au jour de sa conclusion.

Enfin, nous admettons que les art. 171 al. 1, 172, 175 et 176 sont applicables aux conditions résolutoires comme aux conditions suspensives ; il en est de même, naturellement, de l'art. 177.

219. L'art. 174 expose toute cette matière en deux phrases : *Quand la résolution de l'obligation est subordonnée à un événement incertain, l'obligation cesse de produire ses effets à partir du moment où la condition s'accomplit. — En principe, il n'y a point d'effet rétroactif,* — ceci étant une simple règle d'interprétation, et non de droit strict[1].

On sait combien il est malaisé parfois de distinguer une condition résolutoire d'une condition suspensive, et réciproquement. Il faudra consulter l'intention des parties et, dans les cas douteux, décider plutôt que le contrat a été conditionné suspensivement, notre loi mettant la condition suspensive au premier plan (cfr. art. 171) et ne traitant qu'en passant de la condition résolutoire.

CHAPITRE IV

Des arrhes, du dédit et de la clause pénale[2].

SECTION PREMIÈRE

Des arrhes et du dédit.

220. Les *arrhes* sont une somme d'argent ou même toute chose mobilière, que l'une des parties donne à l'autre au moment de la conclusion du contrat. En droit romain, du moins sous Justinien, les arrhes étaient non pas un témoignage, une preuve, que les contractants avaient entendu se lier définitivement, mais elles empor-

[1] *A. T. F.* XV, 303.

[2] *Die Conventionalstrafe der rœm. und schw. Gesetzgebung*, par E. v. Schumacher, Zurich, in-8°, 1885, p. 57 et s. *M. Stahel :* Die Konventionalstrafe, etc., in-8°, Winterthur, 1898. *F. Mauler :* De la nature de la clause pénale, Neuchâtel, in-8°, 1898. *A. T. F.* XV, 611.

taient la faculté, pour celui qui les avait remises, de se départir du contrat, moyennant les perdre ; elles constituaient donc un véritable dédit. Il en est de même, en droit français, pour les promesses de vente synallagmatiques et aussi dans les ventes ordinaires, sauf convention contraire.

Le Code fédéral a adopté un autre système. Les arrhes sont, en principe, le « denier à Dieu » de l'ancien droit, un *argumentum emptionis et venditionis contractae*. Les al. 1 et 2 de l'art. 178 prescrivent effectivement : *En général, les arrhes sont réputées données en signe de la conclusion du contrat et non à titre de dédit. — Sauf usage ou convention contraire, celui qui a reçu les arrhes les garde sans avoir à les imputer sur sa créance.* Ces règles néanmoins ne sont posées, celle de l'art. 178 al. 1 qu' « en général » — *in Zweifel*, en cas de doute, dit le texte allemand, — celle du 2me alinéa que « sauf usage ou convention contraire ». Tout se réduit, en somme, à des questions de fait.

Si le contrat est résolu, les arrhes sont restituées, sous réserve de toute action en dommages et intérêts (art. 110 et s. et 117 et s.).

221. Le *dédit* est une somme versée à l'une des parties et due par celle qui veut se départir du contrat. Il constitue une fixation anticipée du préjudice dont l'autre partie pourrait demander la réparation, et il doit être considéré comme un maximum d'indemnité, à moins de convention expresse ou tacite du contraire. C'est ce qui découle de notre art. 178 al. 3[1] ainsi conçu : *Lorsqu'un dédit a été stipulé, chacune des parties est censée pouvoir se départir du contrat, celle qui a donné la somme en en faisant l'abandon, celle qui l'a reçue en la restituant au double.* La loi suppose que le montant du dédit a été « donné » ou « reçu », ensorte qu'elle assimile le dédit aux arrhes, sauf à ne pas l'envisager comme un signe de la conclusion du contrat. Celui qui a reçu la valeur du dédit est obligé de la restituer en ajoutant une somme égale, car il ne peut se dédire qu'en perdant la valeur du dédit, et il ne perdrait rien s'il pouvait se borner, lorsqu'il entend se départir du contrat, à la restitution de ce qu'il a reçu.

Mais le dédit a très souvent, dans le langage courant, plutôt le caractère d'une clause pénale ; on comprend par là une somme fixée d'avance, et d'ailleurs non versée, mise à la charge de celle des parties qui n'exécutera point ou qui rompra le contrat avant le temps convenu. Dans le sens de l'art. 178 al. 3, nous répétons que le dédit se confond en quelque sorte avec les arrhes ; seulement les arrhes ont ici la portée que leur attribue l'art. 1590 C. civ. fr. La question

[1] *A. T. F.* XXI, 1211 et s (constitue un *dédit*, non une clause pénale, la stipulation suivante : « Si l'un des soussignés renonçait à exécuter le contrat avant la date où il doit entrer en vigueur, il devra payer à son co-associé une somme de... »).

de savoir si une somme d'argent remise par l'une des parties à l'autre, au moment du contrat, doit être tenue comme donnée à titre d'arrhes, de dédit, ou peut-être simplement d'acompte sur le prix, se tranchera d'après les seules circonstances de fait.

SECTION DEUXIÈME

De la clause pénale.

222. Nous avons touché d'un mot, à l'occasion du dédit, la notion des dommages et intérêts conventionnels. Nous la retrouvons dans la « clause pénale », qui n'est rien autre chose que l'estimation anticipée que les parties font elles-mêmes de l'indemnité payable dans l'éventualité où le débiteur n'exécuterait pas, ou exécuterait tardivement ou imparfaitement son obligation. La clause pénale a donc un double but : augmenter les chances de l'exécution du contrat, et, si le contrat n'était pas exécuté ou s'il l'était en dehors du temps convenu, soustraire la fixation des dommages et intérêts au jugement des tribunaux et éviter ainsi des contestations. Elle est, à d'autres égards, un accessoire de l'obligation principale, mais une obligation accessoire *sui generis*, qui ne peut être ajoutée qu'à une obligation principale valable ; on ne peut la ranger ni parmi les obligations conditionnelles, ni parmi les obligations alternatives.

Notre Code ne la définit point ; il nous dit en son art. 179 : *Lorsqu'une peine a été stipulée pour le cas où le contrat ne serait pas exécuté, le créancier peut demander à son choix l'exécution de l'obligation principale ou la peine conventionnelle* (al. 1). Il est clair que ce droit d'option ne peut être exercé par le créancier qu'après l'échéance du terme prévu pour l'exécution, mais abstraction faite d'une mise en demeure préalable ; le débiteur ne saurait forcer le créancier de se contenter de la peine, à moins de convention contraire, car elle est avant tout un moyen de fortifier et non pas de rompre le contrat. Cependant le créancier ne peut pas cumuler, toujours sauf convention contraire, la demande en exécution du contrat et celle en exécution de la clause pénale (cfr. al. 2). D'autre part, la clause pénale stipulée pour le cas de l'inexécution d'un contrat, ne tombe que si l'inexécution n'est pas imputable au débiteur[1], la preuve de l'exonération de responsabilité (faute

[1] *A. T. F.* XIV, 108 et s. Cet arrêt est inexactement résumé dans *J. d. T.* XXXVI, 208 et dans *Bucher*, ad. art. 179, car le Trib. féd. ne dit point que l'on ne peut réclamer l'exécution que quand « l'inexécution est imputable à faute au débiteur » ; cfr. *ibid.* XV, 611.

du créancier, par exemple, force majeure) étant à la charge du débiteur (cfr. art. 181).

Il se peut que la clause pénale vise l'exécution tardive ou imparfaite du contrat. *Lorsque la peine*, nous apprend l'art. 179 al. 2, *a été stipulée pour le cas où le contrat ne serait pas exécuté au temps ou dans le lieu déterminé par les parties, le créancier peut demander, tout à la fois, l'exécution du contrat* ET *la peine. S'il ne fait point de réserve lors de l'exécution, il est présumé avoir renoncé à la peine.* On conçoit que, dans cette hypothèse, le créancier puisse cumuler ses demandes ; s'il ne peut réclamer tout ensemble l'exécution et la peine, dans l'espèce de l'art. 179 al. 1, la peine étant l'équivalent de l'exécution et le cumul des demandes devant alors faire double emploi, il en est autrement quand la peine a été convenue pour retard ou inexactitude dans l'exécution : la peine est ici une compensation de ce que le contrat n'a pas été exécuté « au temps ou dans le lieu déterminé », et elle peut être allouée sans que le créancier soit empêché d'exiger le principal, l'exécution. Il importe beaucoup de connaître le but de la clause pénale. A-t-elle été stipulée pour cause d'inexécution, ou de retard, ou d'exécution imparfaite ? Dans le premier cas, le créancier ne peut choisir qu'entre l'exécution et la peine ; dans la seconde alternative, il peut réclamer l'une et l'autre. Cette question de fait ne sera pas toujours facile à résoudre, mais on devra admettre, règle générale, qu'une forte peine, surtout lorsqu'elle sera égale ou supérieure au principal, a été convenue en vue de l'inexécution[1].

Enfin, *le débiteur a toujours le droit de prouver que, moyennant le paiement de ce qui a été stipulé à titre de peine, il est libre de se départir du contrat* (art. 179 al. 3[2]).

223. Revenons encore, en deux mots, sur le caractère *accessoire* de la clause pénale. L'art. 1227 C. civ. fr. dit que « la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale » ; mais il est bien entendu que la réciproque n'a pas lieu. La clause est alors non avenue et les dommages et intérêts pour cause d'inexécution ou de retard sont déterminés en conformité des principes généraux. Il n'y a d'exception à la règle ci-dessus que dans le cas de l'art. 127.

223 *bis*. Si la peine n'avait été prévue que relativement à certaines violations du contrat, elle ne s'étendrait pas, sans aucun doute, à d'autres actes contraires à la convention ; les effets de ces actes tomberaient sous le coup des art. 110 et s. D'un autre côté, si, dans un *contrat de travail*, le patron ou le maître retient conventionnellement une part du salaire ou du prix de l'ouvrage, c'est là,

[1] *R. j. F.* III, 95.
[2] A. *T. F.* XXVI[2], 108 et s.

sauf stipulation ou usage contraire, une *garantie* destinée à couvrir un dommage éventuel, et non pas une clause pénale.

224. La peine, pour être encourue par le débiteur, ne suppose pas nécessairement une faute de celui-ci (cfr. art. 181) ; le créancier n'a pas à en établir l'existence, pas plus que celle d'un préjudice à lui occasionné. *La peine*, porte l'art. 180, *est encourue lors même que le créancier n'aurait éprouvé aucun dommage. — Si le dommage qu'il a souffert dépasse le montant de la peine, le créancier ne peut réclamer une indemnité supérieure qu'en établissant une faute à la charge du débiteur.* La « faute » du débiteur, grave ou légère, entraînera les conséquences prévues à l'art. 180 *in fine*, mais le juge a une certaine liberté d'appréciation (cfr. art. 113). Quant au chiffre des dommages et intérêts, les parties l'ayant fixé, il ne peut être modifié, ici, que dans le sens d'une élévation (cfr. cependant art. 182) s'il est prouvé que le débiteur est en faute. Une question se pose : l'art. 180 *in fine* s'applique-t-il dans l'espèce de l'art. 179 al. 2, où l'exécution et la peine peuvent être cumulativement réclamées ? Nous ne voyons pas pourquoi l'on distinguerait, la loi elle-même ne distinguant pas et aucune raison n'existant pour que l'on propose des solutions différentes dans l'un et l'autre cas.

225. Les parties peuvent à leur gré fixer le chiffre de la clause pénale. En droit français, le juge n'est autorisé à diminuer la peine que s'il y a eu exécution partielle ayant profité au créancier. Le C. O. va beaucoup plus loin, et, faisant brèche au principe que les contrats tiennent lieu de loi entre les parties, il dispose à l'art. 182 (que les juges ne doivent appliquer que très exceptionnellement, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral) : *Les parties sont libres de stipuler telle peine que bon leur semble ; le juge a néanmoins le droit de mitiger les peines qu'il trouverait excessives.* Nous ne réussissons point à éprouver toute l'indignation que divers critiques ont ressentie à propos de cet article. Les contrats ne sont plus sacrés, lorsqu'ils renferment des pièges tendus à l'ignorance ou à la crédulité des gens, ou à leur imprévoyance. La clause pénale, habilement maniée, pourrait devenir un fructueux moyen de spéculation. Quelques décisions de la jurisprudence veulent être rapportées, à titre d'exemples : On a reconnu comme excessive une peine conventionnelle de la valeur du double du traitement annuel, pour contravention à une défense de faire concurrence à l'une des parties, le contrevenant n'ayant travaillé que neuf mois chez cette dernière et ayant été ensuite congédié par elle[1]. Une clause pénale de 500 fr., pour rupture anticipée d'un contrat d'apprentissage de

[1] *H. E.* IV, 209.

trois ans, n'a pas été en revanche considérée comme exorbitante, l'apprenti ayant quitté son maître juste au moment où il pouvait lui être le plus utile[1]. On comprend que le juge doive user avec modération de la faculté que lui accorde la disposition exceptionnelle de l'art. 182, mais il serait dangereux de décider, avec la Cour d'appel de Bâle-Ville, qu'une diminution de la peine conventionnelle est inadmissible en cas de rupture du contrat consommée à dessein[2]; toutes les peines « excessives » sont réductibles, quel que soit le motif de l'inexécution, mais elles ne sont « excessives » que si elles apparaissent comme manifestement contraires aux exigences de la justice et de l'équité, en d'autres termes, si elles dépassent leur but en procurant un enrichissement illégitime au créancier[3].

226. Il est certaines circonstances dans lesquelles le débiteur peut s'affranchir des conséquences de la clause pénale. *La peine stipulée ne peut être exigée* — art. 181 — *lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite ou contraire aux bonnes mœurs, ni lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible par le fait du créancier, ou par un cas fortuit frappant la personne du créancier, ou par suite de force majeure.* Nous allons reprendre en détail ces diverses causes de libération du débiteur, en faisant remarquer que la loi ne mentionne pas, comme telle, l'absence de tout intérêt pécuniaire, chez le créancier, à ce que l'obligation de faire sanctionnée par la clause pénale soit exécutée ou à ce qu'il ne soit pas contrevenu à l'obligation de ne pas faire (on ne pourrait sans doute invoquer ici que l'art. 182). Nous avons :

1° Le *caractère illicite ou immoral de l'obligation* dont la clause pénale est destinée à assurer l'exécution. Une question d'une grande importance pratique est la suivante : Doit-on respecter la clause par laquelle un patron exige d'un commis, ou d'un employé, à son entrée en service, qu'il s'oblige à ne pas fonder d'établissement du même genre, ou à ne pas s'engager dans une maison concurrente durant un certain temps à partir de sa sortie, sous peine de payer une somme déterminée ? Plusieurs arrêts ont résolu cette question par l'affirmative, et nous pensons que le juge est tenu de prendre une semblable promesse en considération pour autant qu'elle est renfermée dans de certaines limites — de temps et d'espace — et que l'employé n'est pas mis dans l'impossibilité de faire son chemin d'une manière convenable ; voir, en outre, nos 39 et 459 *bis*. Il est bien entendu que la prohibition tomberait, si le

[1] *J. d. T.* XXXVI, 252.
[2] *R. j. f.* V, 43 ; cfr. *A. T. F.* XVII, 706, XXIII, 223 et s., 1160 et s., XXIV[2], 121 et s., 434 et s.
[3] *A. T. F.* XXI, 610 et s., 1229 et s.

montant de la clause pénale était versé à celui en faveur duquel elle a été stipulée. Il ne faudrait pas non plus regarder comme illicite la convention par laquelle deux fiancés stipuleraient des dommages et intérêts à payer par celui d'entre eux qui se refuserait sans motifs légitimes à passer outre au mariage[1]. Serait nulle, au contraire, dans les cantons qui prohibent l'usure, une clause pénale dissimulant une convention usuraire.

2° Le *fait du créancier* ou un *cas fortuit frappant sa personne* (le cas fortuit frappant la personne du débiteur est indifférent). Dans les contrats de louage d'ouvrage, on convient souvent d'une clause pénale pour retard dans l'exécution ou la livraison des travaux. Mais il va de soi que si, le maître s'étant chargé de fournir les matériaux, il ne les fournit pas à temps, l'entrepreneur ne peut être contraint à payer les dommages et intérêts moratoires stipulés. Il en serait de même si le maître avait perdu les plans à lui confiés, etc.

3° La *force majeure*, par quoi l'on entend, à moins que les parties n'aient manifestement attribué un sens différent à cette expression (v. p. 135, *Appendice* ad art. 50 et s.), non pas toute circonstance fortuite, mais un événement plus particulièrement produit par une force extérieure (foudre, feu, avalanche, etc.) dont l'arrivée et les suites dommageables n'auront pu être, malgré le plus grand soin, ni prévues, ni détournées[2].

La simple impossibilité de l'exécution de la part du débiteur ne libère pas ce dernier de la clause pénale.

---

[1] *R. j. f.* V, 97; cfr. *A. T. F.* XIV, 108, XV, 416, etc. (voir ad. art. 17).
[2] *A. T. F.* X, 527, XV, 487 et s. (*R. j. f.* VII, 128).

TITRE CINQUIÈME

DE LA CESSION OU DU TRANSPORT DES CRÉANCES[1]

CHAPITRE PREMIER

Nature, objet et forme de la cession.

227. Les créances n'étaient, en droit romain, pas directement transmissibles de la personne du créancier à celle du débiteur. Cette intransmissibilité résultait de l'idée que, l'obligation donnant naissance à un rapport de droit entre deux personnes individuellement déterminées, la substitution d'un tiers à l'une de ces personnes ne pouvait avoir lieu sans que le rapport de droit originaire fût éteint et remplacé par un nouveau. Les nécessités de la pratique ne s'accommodèrent pas d'une conception aussi abstraite, mais les Romains n'admirent jamais la cession telle que l'ont développée nos législations modernes.

En droit actuel, sous l'empire du Code Napoléon par exemple, les droits personnels sont, comme les droits réels, susceptibles d'aliénation, et la propriété d'une créance peut être, dans toutes ses parties, transportée à un tiers. On a sacrifié la pure logique aux besoins de la pratique des affaires.

228. Dans son acception la plus générale, la cession est la transmission d'un bien incorporel par acte entre vifs. Mais on applique plus spécialement le mot de « cession » à la vente des créances, et c'est ce que fait notre Code en ses art. 183 et s. D'après notre loi, la cession est donc le transport d'une créance, opéré par le

[1] *Haberstich* I, 198 et s. *Jacottet* 137 et s. *Schneider et Fick* 321 et s. *Hafner* 77 et s. *Motive* II, 118 et s. *Zeitschrift für schw. R.* IV, n. sér. V. 263 et s., VI, 339 et s., IX, 284 et s. (*Der Gegenstand der Cession*, par M. le Dr Attenhofer). *Vogt* l. c., 119 et s.; cfr. art. 398 et s. C. civ. al.

créancier (le *cédant*), en faveur d'un tiers (le *cessionnaire*), moyennant un prix. La cession des créances est en général soumise aux mêmes principes que la vente des choses corporelles ; le C. O. établit cependant quelques règles spéciales dans ses articles précités.

Nous n'insisterons pas à nouveau sur la différence qui existe entre la cession et des rapports de droit analogues, tels que la *subrogation* (voir n° 138), ou la novation par suite de *délégation*. Nous ferons en revanche remarquer que ce qui distingue essentiellement l'*assignation* (cfr. art. 406 et s.) de la cession, c'est la coopération effective du débiteur, inutile ici, indispensable là[1]. Nous renvoyons enfin aux nos 242 et 243, où sont énumérées les *créances dont la cession n'est pas régie par les art. 183 et s.*

SECTION PREMIÈRE

Nature et objet de la cession.

229. Contrairement au droit romain, le cédant transfère au cessionnaire, d'après notre Code, la propriété même du droit cédé, c'est-à-dire le pouvoir exclusif d'exercer les actions qui en dépendent et de les exercer pour son compte et en son nom. Entre parties, la créance cédée passe au cessionnaire, bien que cela ait été contesté, par le seul effet de la cession ; nous reviendrons sur ce point à propos de l'art. 184. L'art. 183 dispose au surplus : *Le créancier peut céder sa créance à un tiers, même sans le consentement du débiteur ; hormis les cas où la loi, une convention ou la nature particulière de la créance lui interdit de le faire.*

On peut céder, en thèse générale, tout droit portant sur un bien qui est dans le commerce, alors même que ce droit serait *litigieux*, *douteux*, *éventuel*, *conditionnel*, *à terme*, ou qu'il aurait des *choses futures* pour objet — moyennant que le cédant ait encore qualité d'en disposer lorsque le droit devient effectif, — ou que le montant de la créance *ne serait pas déterminé*[2] (voir cependant ci-après). Le Tribunal fédéral[3] a décidé entre autres : « Il n'est pas contestable que des créances basées sur des *obligations bilatérales*, telles que des contrats de bail, peuvent, d'après le droit fédéral des obligations, être l'objet d'une cession, et cela déjà à une époque où

[1] *R. j. f.* IX, 18.
[2] *A. T. F.* XXI, 837 et s.
[3] *A. T. F.* XII, 666 et s.; cfr. *ibid.*, XVII, 490, *J. d. T.* L, 2 et s. (arrêt du T. F., du 2 Févr. 1901). — *R. j. f.* IX, 118.

leur existence est encore subordonnée à la contre-prestation du cédant, et que des *créances non exigibles,* ainsi que même des *créances futures* peuvent être cédées. Il est seulement nécessaire, à cet effet, que les créances cédées soient suffisamment déterminées ». Toutefois, il est diverses catégories de droits qui ne peuvent être cédés. Ce sont :

1° Les *droits déclarés incessibles par la loi*, notamment ceux résultant d'une créance frappée de saisie (cfr. art. 196), ceux du fermier, qui, dans le bail à ferme, ne peut sous-affermer sans le consentement du bailleur (cfr. art. 306), ceux d'un associé qui, dans la société simple, dans la société en nom collectif, dans la société en commandite (cfr. art. 542, 555, 594), ne peut introduire un tiers dans la société sans l'autorisation de ses co-associés et, par conséquent, lui céder sa part avec tous les effets d'une cession ordinaire. D'un autre côté, le droit cantonal, du moins dans la Suisse romande[1], défend de céder les espérances de succession ; les droits d'usage et d'habitation sont déclarés incessibles, etc.

2° Les *droits rendus incessibles de par la convention*. En principe et malgré le texte ambigu de l'art. 183, on doit reconnaître que les droits cessibles de leur nature ne peuvent être frappés d'incessibilité. A coup sûr, en dehors des cas expressément prévus par la loi, une semblable convention ne serait pas opposable aux tiers ; nous la tenons pour nulle en elle-même et nous ne déciderions pas autrement, malgré la Cour d'appel de Zurich[2], en ce qui concerne les restrictions apportées à la cessibilité d'une créance. Le Code fédéral permet, il est vrai, de stipuler incessibles les *rentes viagères* (cfr. art. 520) et les *actions nominatives* (cfr. art. 637 al. 2), mais précisément, en le permettant ici *expressis verbis*, il montre qu'il le prohibe dans tous les autres cas. Et cette solution est des plus rationnelle, car l'intransmissibilité contractuelle d'une créance va au-devant des mêmes objections économiques et juridiques que l'inaliénabilité de la propriété.

3° Les *droits dont l'incessibilité découle de la nature particulière de la créance*. Il s'agit tout spécialement des droits qui sont attachés à la qualité personnelle du créancier. Ainsi nous avons les créances alimentaires fondées sur la loi, ou sur un acte de libéralité, ou même ayant une autre cause, mais les droits que la loi frappe d'insaisissabilité ne sont point par cela même incessibles ; ainsi encore les droits concédés au commodataire (cfr. art. 322), le droit d'auteur comme tel (cfr. art. 379), et, dans la législation cantonale, l'usufruit paternel, etc. Nous avons dit, qu'au contraire, les créances fondées sur un contrat bilatéral (vente, bail et autres) peuvent

[1] Voir notre *Manuel de Droit civil de la Suisse romande*, 333 et 153.
[2] *R. j. f.* VIII, 116 et s.

être cédées avec tous leurs accessoires, qui passent sans autre au cessionnaire[1]; mais, par exemple, la cession de loyers ne serait pas valable au delà de l'époque où le cédant est tombé en faillite, parce que, dès cet instant, ses revenus appartiennent à sa masse[2]. Nous avons parlé plus haut de la cessibilité des créances futures, non encore exigibles, et d'autres. Il n'existe, au demeurant, pas de norme qui autorise à trancher *a priori* la question de savoir si un droit est, de sa nature, cessible ou incessible; les théories imaginées à ce sujet sont d'une application pratique fort insuffisante.

Rappelons, en terminant, que la validité de la cession est indépendante du consentement du débiteur; celui-ci est un instrument passif de la cession, qui peut même avoir lieu contre son gré.

229 *bis*. En cas de cession du *passif et de l'actif* d'une société dissoute à un tiers, et il en serait vraisemblablement de même si un fonds de commerce ou tel autre complexe de biens grevé de ses dettes était cédé par un simple particulier, le cessionnaire entre dans les droits du cédant, et il profitera même d'une défense de ne point faire concurrence si la convention y relative a été cédée avec le reste; en revanche, il est chargé de toutes les obligations contractuelles et même de celles dérivant d'actes illicites si elles grèvent, expressément ou en fait, l'universalité cédée[3].

230. Quant aux *accessoires*, nous devons signaler la disposition particulière de l'art. 190: *La cession d'une créance comprend les privilèges et autres droits accessoires, à l'exception de ceux qui sont attachés exclusivement à la personne du cédant. — Les intérêts, même arriérés, sont présumés avoir été cédés avec la créance principale*. Il est naturel que la vente d'une créance porte à la fois sur le principal et les accessoires. Notre loi n'énumère pas les accessoires qui se transmettent avec la créance elle-même, sauf les privilèges et les intérêts, qui, échus ou non, passent au cessionnaire à moins de stipulation contraire. Nous pouvons compléter l'énumération de l'art. 190, en y ajoutant les cautionnements, gages, hypothèques, droits de rétention, etc. Les droits accessoires inhérents à la personne du créancier, déclarés intransmissibles par le C. O., s'entendent des faveurs appartenant individuellement au titulaire du droit, des bénéfices pouvant résulter de sa minorité, par exemple. Sauf cette restriction, le cessionnaire est pleinement substitué au créancier primitif; il ne saurait avoir plus, ni, toutes conventions et prescriptions légales contraires réservées, moins de

[1] *J. d. T.* XXXV, 206. *R. j. f.* V, 98, 144.
[2] *Zeitschr. d. b. J. V.* XXII, 350.
[3] *J. d. T.* XLVII, 9 (arrêt du T. F., du 5 Nov. 1898): cfr. *A. T. F.* XXVI², 613 et s.

droits que lui. Et c'est la créance tout entière qu'il peut faire valoir, jusqu'à concurrence de son montant encore dû, et non point jusqu'à concurrence seulement du prix de la cession. Mais, par exemple, la caution subrogée au créancier, vendeur d'un objet sous clause de *pactum reservati dominii,* n'est point subrogée par cela même au droit de propriété attaché à la créance ; elle l'est seulement aux privilèges et autres accessoires de l'art. 190, ensorte que si l'acheteur venait à tomber en faillite, la caution ne pourrait revendiquer contre la masse.

230 *bis.* Il nous reste à discuter une question d'une portée pratique incontestable. D'après MM. Schneider et Fick et M. Jacottet, le C. O. ne renfermant aucun texte spécial sur le *retrait litigieux,* il faudrait en conclure que le débiteur de créances litigieuses est tenu envers le cessionnaire comme envers le cédant et, qu'au rebours de ce qui existe en droit romain et en droit français, il ne peut se libérer envers l'acquéreur en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts du contrat. Cette opinion, uniquement basée sur le silence de la loi, ne nous paraît pas justifiée. Nous constatons, d'une part, que le retrait litigieux est, à certains égards, en dehors du droit des obligations. D'un autre côté, le législateur serait inexcusable, s'il avait dérogé sur ce point à des règles depuis longtemps consacrées, en vertu desquelles les acheteurs de créances litigieuses, qui sont à l'ordinaire des spéculateurs, ne peuvent réclamer du débiteur cédé que le prix de la cession et les accessoires. En tout cas, si notre Code ne réserve pas ce domaine au droit cantonal comme il l'a fait pour les créances hypothécaires, c'est évidemment une omission ; cette théorie est celle des deux lois de concordance vaudoise et bernoise des 31 Août et 31 Décembre 1882[1].

SECTION DEUXIÈME

Forme de la cession.

231. Les premiers projets ne soumettaient la validité de la cession à aucune condition de forme, aussi bien entre parties qu'à l'égard des tiers. Dans le texte définitif, il en fut autrement et l'article 184[2] distingua comme suit : *La validité de la cession n'est*

[1] Voir cependant *A. T. F.* XXI, 1235 et s. (d'après cet arrêt, notre Code n'admet pas le principe de la *lex Anastasiana*).

[2] *Zeitschrift fur schw. R.* VIII, n. sér. 335 et s. (voir, en outre, note en tête de ce titre). Consulter spécialement *ibid.*, X, 257 et s., une étude de M. le prof. H. Degenkolb.

soumise à aucune condition de forme[1]. — *Toutefois le transfert n'est opposable aux tiers, notamment en cas de faillite du cédant, que s'il est constaté par un acte écrit.* Le législateur n'a pas eu le courage d'exiger la forme écrite pour la cession et il s'est arrêté à une solution intermédiaire qui n'a guère que le mérite de l'obscurité. *Entre le cédant et le cessionnaire* (et leurs héritiers), notre loi maintient le système du droit commun allemand, d'après lequel aucune forme n'est nécessaire pour la perfection du contrat; partant, et dans cette direction, la cession peut résulter d'une convention verbale comme d'un acte écrit. Nous n'admettons pas, avec divers auteurs, que la cession intervenue sans écrit n'est point parfaite, même entre parties, et qu'elle donne simplement un droit à faire valoir l'obligation de délivrance de l'art. 191 ; la loi est si formelle sur ce point que nous ne pouvons accepter l'argumentation suivante de M. Hafner, qu'il n'a, du reste, pas maintenue dans la deuxième édition de son ouvrage : « Considérer, dit-il, le transport effectué dans ces circonstances — donc, sans écrit, — comme parfait, même entre parties, ce serait énoncer un principe juridique faux en théorie, incompatible avec la pratique et absolument nouveau, car il ne peut être question de transport, aussi longtemps que le débiteur ne peut pas se libérer valablement entre les mains du cessionnaire, aussi longtemps que ce dernier n'acquiert aucun droit contre le débiteur cédé ». Nous tournons dans un cercle vicieux. Il s'agit précisément de savoir si le « cessionnaire n'acquiert aucun droit » dans notre hypothèse. Or il est propriétaire de la créance cédée envers le cédant ; ensuite, comme le contrat est parfait *inter partes*, le débiteur *peut* se libérer valablement en payant le cessionnaire, bien qu'il ne puisse y être contraint, la cession ne lui étant pas encore opposable (voir plus loin nº 238). N'est-ce rien que cela ? Encore une fois, l'art. 184 est malheureux, mais enfin ne peut-on lui donner un sens contraire à celui qu'il a.

Et maintenant, qu'en est-il *à l'égard des tiers ?* Nous sommes arrivé à la conclusion qu'ici le législateur s'était approprié, en le modifiant, le système du droit français. La cession n'est parfaite à l'égard des tiers[2], notamment en cas de faillite du cédant et vis-à-vis de la masse, la créance n'est censée la propriété du cessionnaire que si le contrat a été rédigé par écrit, — un écrit pour lequel on suivra les formes tracées aux art. 11 et s.; et il faudra d'ailleurs, pour qu'une cession résulte de l'acte, qu'on y fasse figurer les noms des parties, l'objet du transport et le prix de la vente (cette dernière

[1] *A. T. F.* XXVI², 682 (la remise d'une traite ne constitue pas, en soi, une cession de la créance représentée par le titre); XXVII², 167 et s. (la *cession à titre de paiement* est régie par les art. 183 et s., notamment par l'art. 193).

[2] Non seulement elle ne leur est pas « opposable », mais ils ne peuvent l'invoquer (*Schneider et Fick ; contra, Degenkolb*).

énonciation est superflue, s'il y a eu donation, ou si nous avons le cas de l'art. 193)[1]. La simple remise du titre ne suffit pas. En réalité, les rédacteurs de notre Code ont substitué la forme de l'écriture à la signification de l'art. 1690 C. civ. fr. ; mais il est clair que la notification de la cession au débiteur cédé n'est, en matière de créances ordinaires tout au moins (cfr. art. 198), pas plus nécessaire à la validité de cet acte que la remise du titre de créance[2], quoiqu'elle puisse, selon les circonstances, être envisagée, si le débiteur cédé l'accepte sans réclamation, comme une reconnaissance tacite de l'existence de la dette et du fait que des acomptes n'ont pas été versés[3]. Dès lors, le cessionnaire dont la cession ne repose pas sur un acte écrit n'a, en cas de faillite du cédant, qu'un droit personnel d'intervenir dans la masse pour le montant du prix de la cession, s'il l'a déjà payé, et comme créancier chirographaire ; il ne peut ni revendiquer la créance cédée, ni demander qu'elle soit séparée de l'actif du failli, ou, si le cédant transportait à nouveau sa créance, en accomplissant envers le second cessionnaire la formalité de l'art. 184 al. 2, ce dernier seul serait envisagé comme cessionnaire. Une autre conséquence, c'est que tant que ses droits ne sont pas constatés par l'écriture, le cessionnaire ne peut ni actionner, ni poursuivre le débiteur cédé. — c'est que la créance ne fait pas partie de ses biens envers celui-ci. Il y a lieu de comprendre le *débiteur cédé*[4] parmi les « tiers » de l'art. 184, de même que tous ceux auxquels la cession non écrite pourrait porter préjudice, créanciers du cédant et du cessionnaire, mais non leurs héritiers et autres successeurs universels.

En ce qui a trait aux cessions *faites à titre gratuit*, le Tribunal fédéral[5] a reconnu, qu'en dépit de l'art. 10, « le principe de l'art. 184 al. 2 » leur était aussi applicable.

232. Nous trouvons une hypothèse particulière à l'art. 185 : *Lorsque le transport s'opère en vertu d'une disposition de la loi ou d'un jugement*[6], *il est opposable aux tiers sans aucune formalité et même indépendamment de toute manifestation de volonté de la part du créancier originaire*. Le débiteur n'est toutefois saisi et n'est tenu, en conséquence, de payer entre les mains

[1] *A. T. F.* XII, 671 ; cfr. *ibid.* XIII, 240 (l'art 184 al. 2 s'applique aussi aux cessions à titre gratuit).

[2] *A. T. F.* XIII, 666 et s.

[3] *A. T. F.* XV, 605.

[4] *Bucher*, l. c., ad art. 184 (nos 686, 691), et, dans le même sens, *Hafner*, *Degenkolb*, l. c., 276, etc. — Le *debitor cessus* ne peut se prévaloir de ce que la cession n'a pas été constatée par écrit, lorsque, dans des lettres adressées au cessionnaire, il a reconnu sa dette envers ce dernier (*A. T. F.* XXII, 870 et s.).

[5] *A. T. F.* XIII, 242.

[6] *A. T. F.* XXIV[2], 918 et s.

du cessionnaire, que lorsqu'il a eu connaissance, par une voie ou par une autre (cfr. art. 187), du transfert légal ou judiciaire. La loi ou le jugement produit l'effet de l'acte écrit de l'art. 184 al. 2. Les principaux cas de cession opérée *de lege* sont ceux des art. 79 al. 3, 126, 168 al. 3, 496, 504 (subrogation légale), puis, ceux des art. 190 (accessoires de la créance cédée), 399 al. 1, 427 al. 2, 442 al. 2, en dehors de ceux qui résultent du droit cantonal, par exemple, en matière de succession.

L'art. 185 résout une question très controversée en droit commun, à savoir que, dans toutes les circonstances où la loi oblige le créancier à céder sa créance, la cession s'opère *ipso jure*, sans qu'il soit besoin d'aucune forme pour la rendre opposable aux tiers. Aussi bien, le mandant, le commettant, peuvent exercer directement contre les tiers les droits acquis pour leur compte par le mandataire ou le commissionnaire, dès qu'ils ont rempli envers ces derniers leurs obligations contractuelles.

CHAPITRE II

Des effets de la cession.

SECTION PREMIÈRE

Entre parties.

233. La cession produit, selon nous, tous ses effets entre parties dès le jour du contrat, qu'elle résulte d'une simple convention verbale ou d'un acte écrit. Le cédant contracte diverses obligations envers le cessionnaire; nous examinerons d'abord celle de *délivrance*, au sujet de laquelle l'art. 191 nous dit : *Le cédant est tenu de remettre au cessionnaire un acte de cession, ainsi que le titre de la créance*[1], *et de lui fournir les moyens de preuve existants et les renseignements nécessaires pour faire valoir sa créance.* Il doit, en d'autres termes, mettre le cessionnaire en mesure d'exercer tous les droits cédés et dans toutes les directions. L'acte de cession, que le concessionnaire peut exiger de son cocontractant, a une importance considérable, puisqu'il rend seul la

[1] *A. T. F.* XII, 672 (contrat de bail).

18

créance opposable aux tiers, parmi lesquels nous avons rangé le débiteur. La remise du titre offre également un grand intérêt (cfr. art. 102 al. 1). Si la cession n'embrasse qu'une partie de la créance. ou si le titre même dont celle-ci émane sert à constater d'autres droits, il pourra être suppléé à la remise du titre par celle d'une expédition en due forme.

Le cessionnaire ne peut, par contre, en opposition à ce que prescrivait le projet de 1879, réclamer que la date de la cession soit rendue certaine par le cédant et, du reste, la certitude de la date n'est pas une condition de la validité de la cession, même à l'égard des tiers. Le cédant peut, en conséquence, lui délivrer un acte de cession sous signature privée, quitte au cessionnaire à en faire certifier la date à ses frais, en conformité du droit cantonal. Il convient d'ajouter que, dans le cas de l'art. 185, le cédant n'a pas à remettre d'acte de cession, celle-ci étant suffisamment constatée, même à l'égard des tiers, par un texte légal ou une sentence judiciaire.

234. A côté de l'obligation de délivrance, il existe à la charge du cédant et au profit du cessionnaire, une obligation de *garantie*, du moins quand la cession est faite *à titre onéreux ;* si elle est faite à titre gratuit, elle ne donne lieu, faute de convention contraire, à aucune garantie. On distingue deux espèces de garantie[1] :

1° *Garantie de droit.* C'est celle qui est due au cessionnaire, même en l'absence de toute stipulation à cet égard. *Quand la cession a lieu à titre onéreux*, porte l'art. 192 al. 1, *le cédant est garant de l'existence de la créance, au moment de la cession*[2], — et notamment de ce qu'elle ne peut être attaquée avec succès par des exceptions appartenant alors au débiteur cédé. Le 3me alinéa du même article dispose en outre : *Quand la cession a lieu à titre gratuit, le cédant n'est pas même garant de l'existence de la créance.* Le cédant ne garantit que « l'existence du droit cédé », soit le fait qu'il a le pouvoir d'exercer légitimement et à son avantage les droits découlant de la créance, qu'il est propriétaire de celle-ci et que sa propriété n'est atteinte d'aucun vice qui puisse plus tard la faire déclarer nulle. S'il s'oblige à « la garantie selon la loi » — *Währschaft nach Gesetz*, — ces mots s'entendent exclusivement de la garantie de droit et, éventuellement, aussi de celle de l'art. 193, lorsqu'une cession a été faite pour cause de paiement[3]. Il doit d'ailleurs garantir également l'existence des accessoires de

[1] Quand la cession n'est qu'un contrat de vente d'une créance, on applique à la garantie, outre les dispositions spéciales du titre V, celles des art. 235 et s. (*H. E.* VII, 12). Il en est de même pour toutes les cessions à titre onéreux (*Hafner*) ; voir n° 228.

[2] *A. T. F.* XXVI², 719 et s.

[3] *R. j. f.* V, 144.

la créance, comme celle de la créance elle-même, s'ils étaient compris dans le transport[1], et alors même qu'ils n'auraient pas été spécifiés, mais il ne garantit pas l'efficacité des accessoires, par exemple. la solvabilité de la caution ou la suffisance des gages. Les parties demeurent libres d'exclure la garantie de l'art. 192 al. 1 par une clause particulière; toutefois une semblable clause ne serait, comme dans le cas de l'art. 237, pas valable si le cédant avait dissimulé à dessein les droits appartenant à des tiers sur l'objet de la cession, — tandis que la garantie légale disparaîtrait si le cessionnaire avait su, au moment de la cession, que la créance était contestée (cfr. art. 236), sauf convention du contraire[2]. Notons encore que les *cas fortuits* sont aux risques du cessionnaire, dès le moment où la cession est parfaite entre parties, et qu'il est responsable de la perte de la créance survenue par sa faute, s'il laisse prescrire, par exemple.

La loi française ne déterminait pas quelles réclamations le cessionnaire pouvait élever contre le cédant, en cas d'inexistence du droit cédé, et l'on comblait cette lacune en appliquant par analogie l'art. 1630 du Code Napoléon. Notre Code est plus explicite : *Le cédant obligé à garantie* — art. 194 — *n'est tenu envers le cessionnaire que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a reçue à raison du transport, en principal et intérêts. Mais il doit rembourser, en outre, les frais de la cession et des poursuites infructueuses contre le débiteur* (cfr. art. 499). Il doit donc la restitution du prix, ainsi que des dommages et intérêts, qui comprendront essentiellement les frais et loyaux coûts du contrat (si le cessionnaire les avait payés; cfr. art. 232), ceux des poursuites exercées ou des procès intentés inutilement contre le débiteur, à l'exception, dans ce dernier cas, des frais qu'il eût évités en appelant le cédant en cause (art. 241 chif. 3 arg.) et les intérêts au taux légal de 5 % (cfr. art. 83) du prix de la cession, dès le jour du paiement. Il ne sera, en revanche, pas tenu de rembourser la valeur nominale de la créance cédée, de tenir compte au cessionnaire du gain que celui-ci a pu être empêché de réaliser. Cette solution pourrait être critiquée au point de vue de la *lex ferenda*, car, dans l'éventualité où il y a une différence entre le prix de la cession et la valeur nominale de la créance, les parties ont eu vraisemblablement l'intention de faire un contrat aléatoire : le cédant s'est contenté d'un prix inférieur à la valeur nominale pour ne point s'exposer aux risques de l'insolvabilité du débiteur; le cessionnaire a voulu courir ces risques, et il serait juste de l'indemniser, du moins si le débiteur était solvable à l'échéance.

Il faut décider sans doute que l'art. 194 est applicable dans les

[1] *R. j. f.* VI, 172.
[2] *J. d. T.* XXXVI, 44.

deux hypothèses des art. 192 et 193, comme l'a fait le Tribunal de Winterthour dans un arrêt du 30 Août 1889; dans l'un et l'autre cas, la garantie n'excédera donc pas la somme reçue à raison du transport et les accessoires. Il est inadmissible, d'autre part, d'étendre à la matière de la cession les règles du contrat de vente (art. 235 et s.) sur la garantie, sauf ce que nous avons dit p. 267, 274 note 1, et en tant qu'elles seraient contradictoires directement ou indirectement.

En dehors de l'espèce prévue à l'art. 192 *in fine*, l'art. 195 prescrit : *Lorsque le transport s'opère en vertu d'une disposition de la loi, le créancier originaire n'est garant ni de l'existence de la créance, ni de la solvabilité du débiteur.* Les principaux cas visés par cet article sont ceux de la subrogation légale (voir ad. art. 185). Mais, ainsi que le fait observer M. Hafner, si la cession qui intervient *de lege* a pour objet le transport d'une créance réelle, comme en matière de mandat ou de commission (art. 396, 398, 431), le cédant n'en est pas moins garant de l'existence de la créance. L'inexistence du droit cédé peut aussi, suivant les circonstances, engendrer une action pour cause d'enrichissement illégitime (cfr. art. 70 et s.).

2° *Garantie de fait.* C'est celle qui, résultant de la convention des parties, étend ou restreint la garantie de droit. La garantie de droit peut être restreinte en ce que le cédant se sera exonéré de l'obligation de garantir l'existence même de la créance, en ce qu'il ne la garantira que sous certaines conditions ; on applique alors par analogie l'art. 237, ainsi que l'art. 236.

La plus commune des clauses extensives de la garantie légale se rapporte à la solvabilité du débiteur. Cet engagement du cédant ne constitue d'ailleurs pas un cautionnement, mais bien une obligation spéciale, et si la caution de la créance cédée s'était obligée avant la cession, il faudrait certainement la poursuivre avant de pouvoir rechercher le cédant du chef de sa promesse[1]. L'art. 192 al. 2 dispose : *Il* (le cédant) *ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé.* Cette garantie de la solvabilité du débiteur peut, au surplus, concerner uniquement la solvabilité actuelle[2] (ce qui sera le cas, comme à l'art. 1695 C. civ. fr., si l'on a promis en général de garantir la solvabilité, sans parler du temps à venir), ou la solvabilité actuelle et future (cette garantie ne pouvant résulter que d'une manifestation non équivoque de la volonté des parties de l'étendre au delà du temps présent) ; elle ne découlera pas seulement d'un engagement exprès pris par le cédant, car le

[1] *A. T. F.* XXIV[2], 173 et s.; cfr. *ibid.* XXVII[2], 58 et s., 64 et s.

[2] *A. T. F.* XXVII[2], 545 et s. (sauf preuve contraire, la garantie de la solvabilité n'est promise que pour le moment de la cession ou de l'exigibilité, et non pour une époque ultérieure).

C. O. admet lui-même qu'elle se présumera dans le cas de l'art. 193 *in fine*. Mais cet article indique-t-il la seule hypothèse dans laquelle la garantie de fait pourra s'induire des circonstances? Ou bien, doit-on tenir que la garantie de la solvabilité du débiteur peut être donnée expressément ou tacitement? On est en droit de prétendre que l'intention du législateur a été de ne fonder la garantie de fait que sur une clause formelle, sous réserve de l'art. 193 *in fine* qui est une exception à la règle générale, puisqu'aussi bien il eût été superflu d'exprimer ce qui y est exprimé si l'on avait admis que la garantie de la solvabilité pût se donner tacitement, résulter des circonstances[1]. Il semble cependant que l'art. 1 *in fine* s'appliquant ici, il n'est pas indispensable que la garantie soit donnée *expressis verbis*. Lorsque la promesse de garantie n'est donnée que jusqu'au délai de dénonciation du titre cédé, le cessionnaire doit, sous peine de déchéance contre le cédant, — dans la mesure de la perte causée par son inaction — diriger immédiatement des poursuites contre le débiteur principal[2].

L'art. 193 lui-même nous enseigne que : *Si une cession a été faite à titre de paiement, mais sans indication de la somme à décompter, le cessionnaire n'est tenu d'imputer sur sa créance que ce qu'il reçoit effectivement du débiteur, ou ce qu'il aurait pu recevoir de lui en faisant les diligences nécessaires*. A. doit 1000 fr. à B.; A. cède à ce dernier, pour cause de paiement, une créance de 1000 fr. sur X., mais B. n'obtient de X., après poursuites, que 500 fr. B. n'est obligé d'imputer sur sa créance contre A. que les 500 fr. reçus et non point la valeur nominale de la créance cédée. Au contraire, si, lors de la cession, il a été convenu que la créance sur X. était transportée à B. en extinction des prétentions de celui-ci contre A., et pour son montant total, si, en d'autres termes, la « somme à décompter » a été indiquée, l'art. 193 est inapplicable et la compensation s'opère entre A. et B. jusqu'à concurrence du *prix* de la cession, indépendamment de la valeur réelle des droits cédés. Il ne faut, au reste, pas confondre la cession pour cause de paiement de l'art. 193 avec la dation en paiement, qui implique une substitution de la créance cédée à la créance du cédant et qui n'entraîne d'autre garantie que celle de l'existence du droit qui a fait l'objet de la convention. Mais on peut décider que si le montant de la créance cédée n'est pas mentionné dans l'acte de

[1] Il y a lieu peut-être de faire remarquer que, si l'on remontait aux travaux préparatoires du C. O., on constaterait encore que le projet de 1879 portait que la garantie de la solvabilité pourrait découler aussi de « la nature de l'acte », mais qu'on supprima ces mots « afin de ne pas donner, dans chaque cas particulier, trop facilement lieu à un procès ». *Rap. Com. Cons. nat.*, p. 18.

[2] *A. T. F.* XXVII[2], 64 et s.

cession et que s'il n'y est pas dit jusqu'à concurrence de quelle somme on décomptera, il s'agit d'un cas de l'art. 193[1].

Dans l'éventualité prévue en cet article, le cédant garantit tout ensemble l'existence de la créance cédée et la solvabilité du débiteur. Il est bien entendu d'ailleurs que si le cessionnaire retire, en réalisant la créance, au delà de ce que lui doit le cédant, il est obligé de restituer la différence à ce dernier, car la cession n'a point de caractère aléatoire dans l'espèce de l'art. 193, et le cédant aurait à tout le moins une action pour cause d'enrichissement illégitime (cfr. art. 70 et s.). Au contraire, dans la dation en paiement, la cession est un contrat aléatoire dont le cessionnaire a les risques et les profits.

La responsabilité du cédant, quant à son étendue, est régie par l'art. 194 ; le cessionnaire devra naturellement, le cas échéant, lui faire raison de ce qu'il aurait reçu du débiteur.

3° *Règles communes aux deux cas de garantie*. Le recours du cessionnaire contre le cédant soumis à la garantie de droit ou de fait, dure aussi longtemps que la créance cédée elle-même n'est point prescrite. Mais il ne pourra être exercé que lorsque le débiteur aura été poursuivi en vain, soit que les démarches juridiques tentées contre lui aient démontré l'inexistence du droit cédé, soit que son insolvabilité ait été établie par une discussion préalable. Le cessionnaire fera bien, pour conserver son action récursoire, d'appeler en cause son cédant (cfr. art. 239), quand il y aura contestation de la part du débiteur.

Il est regrettable que notre loi n'ait pas traité le cédant comme la caution, qu'elle ne lui ait pas accordé le droit de forcer le cessionnaire d'agir contre le débiteur, sous peine de déchéance, dans des délais analogues à ceux de l'art. 503. On aurait pu aussi restreindre, comme dans les Codes civils neuchâtelois (art. 1328) et fribourgeois (art. 1528), la durée de la garantie de la solvabilité à un an à partir de l'échéance de la créance, si les parties n'en avaient pas convenu autrement.

235. L'obligation principale du *cessionnaire* est de payer le prix de la cession (cfr. art. 260 et s.).

[1] *H. E.* VII, 396.

SECTION DEUXIÈME

A l'égard des tiers, entre autres du débiteur[1].

236. On n'a pas oublié que la cession n'est opposable aux tiers, le débiteur y compris, que lorsqu'elle est constatée par un acte écrit, ceci notamment en cas de faillite du cédant; on assimile à un acte écrit le fait de la loi et les jugements (cfr. art. 184 et 185).

Le transport constaté par un écrit offre deux avantages essentiels: il ne peut plus être annulé par une cession ultérieure de la même créance par le cédant; il reste valable, malgré la faillite de celui-ci, sauf l'action révocatoire des créanciers de la masse.

237. Si une même créance était cédée plusieurs fois, celui d'entre les cessionnaires qui aurait le premier tiré ses droits d'un acte écrit — émanant, naturellement, du propriétaire de la créance — serait préféré aux autres; si elle avait été successivement cédée à une personne et donnée en gage à une autre, le conflit entre cessionnaire et créancier-gagiste se trancherait d'après le même principe formulé ainsi à l'art. 186[2]: *S'il a été fait plusieurs cessions d'une même créance, la cession constatée par le titre le plus ancien l'emporte sur les autres;* cfr. art. 71 et 192, en ce qui concerne le recours en garantie du cessionnaire évincé.

238. La cession écrite est bien opposable au débiteur cédé, sans autre avis à lui adresser, mais il n'est légalement saisi, il n'est tenu de considérer le cessionnaire comme propriétaire de la créance et de payer entre ses mains, que lorsqu'il a connaissance de la cession.

« Il est indifférent aux yeux *(sic)* du projet, disait à ce propos le Conseil fédéral dans son message, que ce soit par une notification ou communication formelle, *ou bien par toute autre voie*, que le débiteur de la créance cédée ait eu connaissance de la cession... Le système du projet est entièrement nouveau ». Ce système est consacré comme suit par l'art. 187[3] : *Le débiteur est valablement libéré si, avant que la cession ait été portée à sa connaissance par le cédant ou le cessionnaire, il paie* (ou éteint la créance d'une

[1] *Zeitschrift des bern. J. V.* XVI, 305 et s., XVII, 157 et s., XVIII, 1 et s. (article de M. Attenhofer sur la signification du transport en droit moderne). Voir ad art. 184, texte et notes; cfr. *A. T. F.* XV, 605.

[2] *A. T. F.* XII, 672.

[3] *A. T. F.* XII, 671 et s., XV, 605.

autre manière, par novation, paiement, etc.) *de bonne foi entre les mains du créancier primitif, ou, en cas de cessions multiples, entre les mains d'un cessionnaire auquel un autre a le droit d'être préféré,* — et envers lequel il serait saisi, tandis qu'il ne le serait pas envers l'autre. Voir art. 196, ainsi que art. 99 et 275 L. P.

Le cessionnaire ne pourra-t-il procéder à des actes d'exécution contre le débiteur cédé que lorsque celui-ci sera saisi ? Non sans doute, s'il est en possession d'un écrit constatant le transport ; le cessionnaire est alors immédiatement en droit de se substituer au créancier contre le débiteur, sauf à voir ce dernier lui opposer sa libération du chef de l'art. 187 s'il n'a pas eu connaissance de la cession. Le cessionnaire au bénéfice d'une simple cession verbale ne pourra faire que des actes conservatoires.

Revenons à l'art. 187. Le débiteur est de « bonne foi », et il peut s'acquitter en d'autres mains que celles du cessionnaire, ou de tel cessionnaire s'il y en a plusieurs, lorsqu'il ignorera l'existence à leur profit d'une cession écrite de sa créance, — les cessions verbales ne lui étant pas opposables ; sa « bonne foi » cesse dès que, d'une manière ou de l'autre, même sans intervention du cédant ou du cessionnaire, il a appris l'existence d'une cession écrite. Il n'est, au reste, pas obligé de rechercher si sa créance a été cédée ou non, ni, encore une fois, de s'occuper d'une cession non écrite qu'il a le droit d'ignorer ; mais il peut la respecter aussi et en payer valablement le cessionnaire, comme il pourrait payer le cédant lui-même, tant qu'il n'est pas saisi du chef d'un cessionnaire muni d'un acte de cession écrit, tant qu'il est de « bonne foi ». On conçoit que le cessionnaire, dont la cession résulte d'un acte écrit, ait un grand intérêt à la communiquer immédiatement au débiteur ; il n'a pas l'obligation de le faire, il n'est pas non plus assujetti à aucune forme particulière sur ce point, mais il risque de perdre son débiteur et de n'avoir plus de recours que contre son cédant, peut-être insolvable, s'il néglige de porter la cession à la connaissance du cédé. Quoi qu'il en soit, toutes les fois que le débiteur voudra se libérer envers le cessionnaire, il agira sagement en exigeant que l'acte de cession lui soit représenté ou qu'une décharge lui soit donnée par le créancier originaire ; il serait possible, en effet, qu'il n'y eût point de cession et il s'exposerait à payer deux fois.

239. Le débiteur ne serait pas de bonne foi, entre autres, lorsqu'il aurait connaissance d'un procès pendant, relatif soit à la validité de la cession, soit à la propriété de la créance cédée, et qu'il serait d'ailleurs saisi. L'art. 188 nous dit : *Le débiteur d'une créance dont la propriété est litigieuse, peut en refuser le paiement et se libérer par la consignation* (cfr. art. 107) *du montant en justice. S'il paie, bien qu'ayant connaissance du litige, il le fait à ses risques et périls. — S'il y a procès pendant et que la*

créance soit échue (exigible, *fällig*), *chacune des parties peut contraindre le débiteur à consigner la somme due*. La propriété de la créance peut être litigieuse, soit dans l'espèce de l'art. 186, soit si le cédant ou ses créanciers contestaient la validité ou la légitimité de la cession. A quel moment la propriété de la créance sera-t-elle censée « litigieuse » ? Sera-ce dès l'instant où il existe un désaccord entre les parties ? Ou bien, ce désaccord devra-t-il être sorti de la phase extra-judiciaire ? Les mots « litigieux », ou « litige », — *streitig* — employés dans le premier alinéa de l'art. 188 ont nécessairement un sens très général, ainsi qu'on peut déjà s'en convaincre en les comparant aux mots « procès pendant » de l'art. 188 al. 2; il importera donc peu que la contestation ait déjà été portée devant les tribunaux ou qu'il s'agisse de simples prétentions contradictoires ayant un caractère essentiellement extra-judiciaire[1]. Si le débiteur paie, malgré la connaissance qu'il a du litige, et quelle que soit la manière dont il en ait été prévenu, par les intéressés ou par toute autre voie sûre, il risque de mal payer et, s'il devait exécuter son obligation une seconde fois, il n'aurait que l'action des art. 70 et s. contre celui qui a reçu le premier paiement. Dans l'espèce de l'art. 188 al. 1, le débiteur aura soin de refuser de payer et il pourra consigner, que la créance soit exigible ou non (cfr. art. 94, 107), si le terme n'est pas stipulé au profit du créancier.

Mais s'il y a « procès pendant » et que la créance cédée soit exigible? D'abord, quand y aura-t-il « procès pendant » ? Ce point serait-il abandonné à la procédure cantonale? Non certes, car ce serait là restreindre arbitrairement le champ d'application et mettre obstacle à l'application même, qui veut être uniforme, de la législation nouvelle; il faudra, en conséquence, se diriger d'après les principes généraux en la matière et décider qu'il y a « procès pendant » dès qu'on pourra considérer l'instance comme liée, c'est-à-dire dès que la juridiction compétente pour statuer sera, soit par elle-même, soit par l'autorité chargée de l'instruction, saisie du litige, abstraction faite des prescriptions spéciales de la procédure des cantons. Et maintenant, s'il y a procès engagé et si la créance est exigible, le débiteur sera derechef fondé à refuser le paiement ou à consigner; en outre, les parties litigantes pourront l'obliger à consigner et, par la consignation, il sera valablement libéré.

L'art. 188 est spécial, selon nous, au cas de la cession. Il n'est pas permis de l'appliquer, d'une manière générale, à tous les cas dans lesquels, indépendamment d'une cession, il y a litige sur la question de la propriété d'une créance; en d'autres termes, les dispositions générales sur la consignation sont celles des art. 107 et s., et l'art. 188 ne vise que l'hypothèse qui y est prévue.

[1] *Mess.* 32. — Le débiteur n'est tenu de consigner que s'il y a procès pendant (*H. E.* III, 108).

240. L'art. 196 nous enseigne, d'autre part : *La créance frappée de saisie ne peut plus être valablement cédée à partir du moment où le créancier a eu connaissance de la saisie. Mais le paiement est valable, si le débiteur l'a fait de bonne foi et avant d'avoir reçu connaissance de la saisie,* — que le saisissant s'empressera donc de lui signifier, peut-être même sans attendre que le préposé s'en charge (cfr. art. 91 et s., 99, 275, 276 L. P.). Une cession, même écrite, opérée au mépris de la première partie de l'art. 196, ne sera ni opposable au créancier saisissant, ni même aux autres créanciers du cédant, la défense de la loi étant absolue.

241. Puisque le débiteur n'est légalement saisi, que le cessionnaire ne devient son créancier en réalité qu'au moment où le cédé a connaissance du transport, l'art. 189 al. 1 prescrit logiquement : *Le débiteur peut opposer au cessionnaire, comme il aurait pu les opposer au cédant, les exceptions qui lui compétaient au moment où il a eu connaissance de la cession.* La cession d'une créance pouvant s'effectuer même contre le gré du débiteur, il est inadmissible qu'elle puisse aggraver la position de ce dernier. Si donc, au moment où le débiteur est *saisi*, il est en droit d'opposer au cédant des exceptions basées sur un vice de forme du titre de la créance, sur un vice du consentement (erreur, dol[1], violence), sur le défaut de capacité de s'engager au temps où la dette a été contractée, sur l'extinction de la dette par novation, prescription, paiement, compensation[2], etc., — il peut les faire valoir également contre le cessionnaire, outre ses exceptions personnelles contre ce dernier.

L'exception de compensation, qui sera la plus fréquente, soulève quelques difficultés. Une créance est cédée ; le débiteur est lui-même créancier du cédant ; il peut incontestablement opposer au cessionnaire, comme il l'aurait pu faire au cédant, l'exception dont il s'agit, si sa créance est exigible à l'époque où la cession est parvenue à sa connaissance, mais non point si l'exigibilité n'en est pas encore constituée (l'art. 131 n'autorise la compensation qu'entre créances « échues », ou plutôt *exigibles*). Et il n'y aurait également pas lieu à compenser, si la créance acquise par le cessionnaire ne devenait elle-même exigible que postérieurement à la date où le débiteur a eu connaissance du transport ; ceci a été contesté à tort, au vu de l'art. 131. Mais, lorsque le débiteur possède contre le cédant une créance non encore exigible au moment où il a été informé de la cession, il peut sans doute exciper de ce chef, moyennant qu'elle ne soit pas devenue exigible après la créance cédée. Si nous

[1] *A. T. F.* XIII, 249.

[2] *Zeitschrift des bern. J. V.* XXIII, 295 et *R. j. f.* I, 75.

consultons l'art. 1295 C. civ. fr. nous y lisons en outre que « le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant ». Cette règle est inconciliable avec le système de notre Code ; l'acceptation de la cession par le débiteur, sa reconnaissance, même formelle, du cessionnaire comme créancier, n'emporte une renonciation au bénéfice de l'article 189 que si cette renonciation résultait d'une déclaration expresse ou de circonstances suffisantes pour l'établir.

L'art. 189 al. 2 porte enfin ceci : *On applique, quant à l'exception de simulation, l'article 16 alinéa 2.* Lorsque le cessionnaire a reçu du cédant, outre l'acte de cession, un titre de créance en due forme, le débiteur ne saurait lui opposer qu'il s'agit d'une dette simulée. A. qui veut, par exemple, se faire passer pour très solvable, ou qui a gagné une certaine somme au jeu, se fait délivrer par B. une reconnaissance d'un montant de 1000 fr., qu'il cède ensuite à X. ; ce dernier peut actionner le débiteur, sans que B. ait le droit d'exciper du chef de la simulation, sans qu'il puisse prétendre que la dette n'en est au fond pas une ou qu'elle tombe sous le coup de l'art. 512. L'exception visée par notre texte n'est d'ailleurs opposable par le débiteur que s'il a un intérêt personnel à l'invoquer.

CHAPITRE III

Créances et droits dont le transport n'est pas soumis aux art. 183 et s.

242. Nous nous occuperons d'abord des cessions de créances soumises *à d'autres dispositions du droit fédéral*. La nature particulière de certaines créances ne permettait pas de faire régir leur transfert par les art. 183 et s. Aussi bien l'art. 197 nous dit : *On applique au transport des lettres de change, des titres à ordre ou au porteur les règles spéciales du présent Code.*

1° Les *titres à ordre* se transmettent au moyen de l'endossement et de la délivrance du titre; ce sont les lettres et billets de change, les chèques et autres billets et mandats à ordre qui font l'objet des art. 722 à 845 de notre Code (voir, entre autres, art. 811, 827 chif. 7 et 11, 835, 836, 838, 839, 845 et 762 et s.).

2° Les *titres au porteur*, dont le transport s'effectue de la main à la main, sont soumis aux art. 846 et s.

243. Nous arrivons aux créances et *droits* dont la cession s'opère *en conformité du droit cantonal*. L'énumération légale offre bien des lacunes ; nous essaierons de les combler. Nous avons :

1° Les *créances hypothécaires*, quelle que soit leur cause [1]. L'article 198 nous l'apprend en ces termes : *Il n'est pas dérogé (non plus) par les articles qui précèdent aux dispositions des législations cantonales relatives à la cession des créances hypothécaires.* Sont réservées, non seulement les règles du droit cantonal qui s'appliquent d'une manière spéciale aux cessions de créances hypothécaires, mais, dans les limites ci-dessus, toutes les parties du droit des cantons consacrées à la cession, ainsi à Genève et dans le Jura bernois, les art. 1688 et s. C. civ. fr. tout entiers ;

2° Les *créances litigieuses*, dont le retrait nous paraît être, bien que le Tribunal fédéral admette la solution contraire, du ressort de la législation cantonale (v. n° 230 *bis*.);

3° Les *droits d'hérédité* (v. n° 293 *in fine*);

4° Les *droits réels sur les immeubles*, l'usufruit par exemple ; voir note ad. n° 245 *in fine*.

En ce qui concerne les *cessions faites à titre gratuit*, entre-vifs ou par disposition de dernière volonté, elles demeurent soumises au droit des cantons, même quant à leur forme, sauf ce qui suit. Comme l'a reconnu notre tribunal d'instance supérieure [2], l'article 184 al. 2 s'applique aux cessions à titre gratuit, pour autant que les créances cédées ne sont pas hypothécaires, car la question du transfert de la propriété d'une chose mobilière ou d'un droit régi par notre Code est réglée par la législation fédérale; cfr. art. 199 et s.

---

[1] *R. j. f.* IX, 41 (arrêt du T. F., du 31 Janv. 1891). Cfr. *A. T. F.* XVII, 108, XIX, 551, XXVI[2], 64 et s., *J. d. T.* LI, 13 (arrêt du T. F., du 26 Juin 1903).

[2] *A. T. F.* XIII, 242.

TITRE SIXIÈME

DES DROITS RÉELS SUR LES BIENS MEUBLES[1]

CHAPITRE PREMIER

Historique et généralités.

244. En droit romain et en droit commun allemand, le transfert de la propriété des meubles corporels ne s'opère que par la *mise en possession*, la tradition, de la chose. Le contrat (vente, échange, donation, etc.) ne confère à l'acquéreur aucun droit sur la chose même qui en est l'objet; il ne crée contre l'aliénateur qu'une action en vue de requérir la mise en possession. Ce système est peut-être d'une rigueur excessive envers l'acquéreur, d'autant plus que celui-ci a les risques de la chose (*res certa*, bien entendu) dès l'instant de la perfection du contrat et abstraction faite de la tradition intervenue; dès cet instant, il doit payer le prix convenu, si la chose a péri entièrement ou a été détériorée, ou si elle a subi une dépréciation sans la faute de l'aliénateur. D'un autre côté, la tradition ne rend l'acquéreur, même de bonne foi, propriétaire, que si l'aliénateur avait lui-même la propriété de la chose et, à part des exceptions dont l'importance pratique n'est point considérable, l'acquéreur est exposé, sans avoir droit à aucune indemnité pour le prix qu'il a payé, à l'action en revendication du véritable propriétaire, sauf son recours, la plupart du temps illusoire, contre son co-contractant. Il n'est protégé, d'une façon absolue, contre le véri-

[1] *Mentha*, Critique l. c. 85 et s. *v. Wahlkirch*: Der Erwerb und Schutz des Eigentums an Mobilien, nach. schw. O. R., Zurich, in-8°, 1885. *Rap. Com. Cons. des Etats*, 18 et s. *Rap. Com. Cons. nat.*, 18 et s. *Mess.* 32 et s. *Rap. Soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 73 et s. *Rap. Cons. d'Etat vaud.*, 16 et s. Les commentaires de *Haberstich*, *Schneider et Fick*, *Jacottet* et *Hafner*. *Motifs*, 494 et s.

table propriétaire, que s'il a possédé *bona fide* pendant trois ans, ou même pendant trente ans pour les choses volées, par exemple.

En droit français, italien et anglais, au contraire, la propriété des meubles corporels individualisés, des *res certae*, est transférée à l'acquéreur, avec les risques, par le seul effet de la convention et indépendamment de toute tradition (art. 938, 1138, 1583 C. civ. fr.). L'acquéreur a-t-il payé le prix convenu, ou est-il prêt à le payer, il peut, même avant d'avoir été mis en possession, revendiquer, à titre de propriétaire, la chose aliénée, et cela aussi bien contre l'aliénateur et ses ayants droit (masse en faillite, héritiers), que contre les tiers possesseurs de mauvaise foi. Mais les possesseurs de bonne foi — et ceci est le correctif du système — jouissent en droit français d'une protection beaucoup plus efficace qu'en droit romain : la loi n'admet à leur encontre l'action en revendication du propriétaire que si sa chose a été perdue ou volée. La possession des meubles donne, par l'effet d'une sorte de prescription instantanée, la propriété au possesseur (art. 2279 C. civ. fr. ; pour les détails, voir art. 206 et s. ci-après).

Il fallait opter entre ces deux théories sur le transfert de la propriété mobilière. Les projets de 1864, 1871, 1875 et 1877 s'étaient essentiellement inspirés du droit français, en supprimant néanmoins, et avec raison, les exceptions relatives aux choses perdues ou volées. Le rejet du système romain avait été critiqué très vivement dans la Suisse allemande ; le système français, en dépit des améliorations qu'on y avait apportées, se heurtait à quelques objections plus ou moins graves. Le projet de 1879 s'arrêta à une solution intermédiaire : la mise en possession est de rigueur pour le transfert de la propriété mobilière, mais la revendication des meubles est régie par des principes analogues à ceux du Code Napoléon.

245. La solution intermédiaire imaginée par les rédacteurs de notre Code est, à coup sûr, ingénieuse. La notion de la *traditio* est élargie (cfr. art. 199 et s.) ; la mise en possession est dépouillée de son ancien formalisme ; et surtout, le possesseur de bonne foi est sérieusement protégé, et à bon droit, car l'acquéreur d'un meuble n'est pas, comme l'acquéreur d'un immeuble, en mesure de vérifier les titres de propriété de l'aliénateur ; celui qui lui vend, lui donne, etc., n'a d'ordinaire d'autre titre de propriété que sa possession et, quand il se présente comme propriétaire, l'acquéreur doit, ou peut du moins ajouter foi à des déclarations qu'il lui est impossible de contrôler, si bien que l'erreur à laquelle il est exposé est invincible et veut être excusée.

Notre Titre VI comprend deux chapitres, l'un renfermant des règles générales sur le transfert de la propriété mobilière, — *meubles corporels*, à l'exclusion des meubles incorporels ; voir art. 183 et s., 197, 198, — l'autre traitant spécialement de deux espèces de

droits réels sur les meubles, le droit de gage et le droit de rétention. Il ne s'occupe pas d'autres catégories de droits réels, comme l'*usufruit*[1]. Le C. O. ne parle pas non plus des *modes d'acquisition* de la propriété mobilière, en dehors du contrat et de la prescription instantanée de l'art. 205, ni ne règle d'une manière complète la perte de cette propriété[2]. L'acquisition de la propriété même des meubles, — non point leur transfert, qui dépend des art. 199 et s., — par occupation, par acte de dernière volonté, par succession, donation, etc., est encore du domaine de la législation des cantons.

246. Une question avant d'aller plus loin. Quel est le droit — cantonal ou fédéral — qui régit la matière de la *distinction à établir entre meubles et immeubles ?* Le Conseil des Etats avait, en date du 18 Juin 1880, décidé de faire insérer dans son procès-verbal une réserve à ce sujet en faveur du droit des cantons, et, dans la première période d'application de notre Code, on considérait que cette décision équivalait à peu près à une interprétation authentique. Cette opinion était sans contredit erronée. Et d'abord, la déclaration au protocole de l'une des Chambres fédérales ne pouvait rien ajouter, ni rien changer à notre loi. Du silence de notre Code sur le point contesté, on ne saurait inférer que c'est au droit cantonal que la distinction des biens a été abandonnée ; aucune réserve n'ayant été faite à cet égard au profit du droit des cantons, si ce n'est dans des cas strictement limités (art. 211 al. 3, par exemple), c'est que la compétence du législateur fédéral est restée entière, et c'est que la volonté de celui-ci a été de fixer la ligne de démarcation entre meubles et immeubles, si ce n'est selon des règles formelles, du moins d'après les normes généralement admises en doctrine. Le Tribunal fédéral[3] l'a reconnu, et il ajoute dans ses considérants : « Il est dans la nature des choses, ainsi que la doctrine, la législation et la pratique concordent à le reconnaître, qu'il faut considérer comme mobilières les choses qui, comme leur nom même l'indique, peuvent être transportées d'un lieu à un autre sans que ce transfert nuise à leur existence, et comme immeubles celles qui, ou bien ne peuvent être déplacées, ou bien ne peuvent être déplacées sans une dénaturation. C'est ainsi que non seulement le sol lui-même, mais encore tout ce qui lui est incorporé dans une union organique ou mécanique, comme les plantes ou les bâtiments construits sur fondements ou pilotis, sont immeubles par leur nature... Mais une construction passagère, construite sans fondements ni pilotis, en

[1] *J. d. T.* XL, 453 (arrêt du Trib. féd. du 24 Juin 1892): L'usufruit est un droit réel régi par le droit cantonal. Nous ne pouvons admettre cette solution pour l'usufruit mobilier.

[2] *E. Huber, System und Geschichte des schw. P. R.* III, 5 et s.

[3] *A. T. F.* X, 259 ; cfr. *ibid.* XIX, 553, XX, 180 et s.

vue, par exemple, d'une cérémonie publique, d'une foire ou d'une assemblée restera meuble ». De même, les récoltes et fruits, après leur séparation, les titres au porteur, etc., sont des choses mobilières[1].

CHAPITRE II

De la transmission de la propriété mobilière.

SECTION PREMIÈRE

De la tradition.

247. Les droits réels étant opposables *erga omnes*, à la différence des droits personnels qui ne le sont qu'au débiteur et à ses ayants-cause, il n'était peut-être pas inutile de statuer que ce caractère essentiel des droits réels ne se manifesterait que par un fait extérieur, — la tradition. Mais, d'après le Tribunal fédéral, cette tradition même ne constitue pas à elle seule le transfert de la propriété mobilière ; il faut, en outre, de la part de l'aliénateur, la volonté et la capacité de l'opérer ; il faut également, chez l'acquéreur, la volonté de se mettre en possession, et si, par exemple, la mise en possession a lieu par l'intermédiaire d'un représentant, il ne suffit pas de la volonté de celui-ci d'acquérir pour son mandant, il est nécessaire encore qu'il y ait, chez le mandant, une volonté dirigée dans le même sens et qui peut, il est vrai, découler d'une procuration générale[2]. Ces conditions d'un transfert valable semblent déjà peu compatibles avec le système de notre loi ; on est allé beaucoup plus loin, comme nous le montrerons sous n° 247 *bis*. L'art. 199 dispose tout simplement : *Pour que la propriété mobilière soit transférée ensuite d'une convention* (il importe peu, nous l'avons dit, que celle-ci soit régie ou non par le droit fédéral, qu'elle soit, par exemple, une vente ou une donation[3]). *il faut que l'acquéreur ait été mis en possession*. La mise en possession ne résulte toutefois pas que de la délivrance opérée par la remise de la

[1] *A. T. F.* XIV, 98, 210, XV, 139 (bétail), etc.
[2] *A. T. F.* XIII, 73.
[3] *A. T. F.* XIII, 212, XIV, 94.

chose elle-même à l'acquéreur ou à son *représentant*. Il se peut ainsi que, malgré la délivrance faite, l'acquisition de la propriété soit conditionnelle, comme dans le cas de l'art. 264 *in fine*. Toujours est-il que la tradition, dans l'une ou l'autre de ses formes établies par la loi, est l'un des éléments constitutifs du transfert de la propriété des meubles. Aussi longtemps que l'acquéreur n'a pas été mis en possession, et bien qu'il ait en principe les profits et les risques de la chose dès la conclusion du contrat, il n'est pas propriétaire. Il n'a contre l'aliénateur qu'une action en délivrance, qu'il est en droit d'ailleurs de faire valoir contre les héritiers de ce dernier[1], et la chose aliénée peut encore être valablement transférée à une tierce personne, sauf le recours en dommages et intérêts de l'acquéreur contre son co-contractant qui ne s'est pas exécuté. En particulier, si le vendeur, donateur, etc., tombe en faillite avant d'avoir mis l'acquéreur en possession, la chose ne sort pas de l'actif de sa masse, que l'acquéreur ait déjà payé ou offre de payer, ou qu'il ait exécuté les charges de la donation si elle était grevée de conditions ; l'acheteur ou donataire n'a qu'un recours en indemnité contre la masse, et le droit de se faire colloquer de ce chef au rang des créanciers chirographaires. En résumé, l'aliénateur continue d'être propriétaire jusqu'à la tradition effectuée[2] ; cfr. art. 203 L. P.

247 *bis*. Mais la science juridique allemande, cédant à cette sorte d'ivresse constructive qui l'inspire trop souvent, a éprouvé le besoin de greffer sur les contrats de vente, d'échange, etc., qui tendent au transfert de la propriété, un contrat spécial, der *Uebertragungsvertrag*, le *contrat de tradition*. Quoiqu'il soit aussi inconciliable avec la lettre qu'avec l'esprit des art. 199 et suiv. C. O., et notamment qu'il alourdisse, complique et aggrave la procédure de la tradition, que le législateur suisse entendait dépouiller de tout formalisme inutile pour la rendre acceptable dans la Suisse française (voir nos 244, 245), — notre Tribunal fédéral a décidé ce qui suit : « Le contrat de tradition se distingue essentiellement du contrat d'aliénation, de la *cause* du transfert de la propriété, et il apparaît comme un acte juridique indépendant, comme le contrat de réalisation de l'autre contrat. Lorsque toutes les conditions à laquelle sa perfection est subordonnée sont remplies — volonté de transmettre et d'acquérir la propriété, capacité de contracter, et, spécialement, de transférer et d'acquérir de la part des contractants, possibilité et admissibilité de la tradition, et tradition effectuée, — la propriété est transférée sans égard à la validité ou à l'invalidité du contrat d'aliénation. Une erreur sur la validité de celui-ci ne constitue qu'une erreur sur les motifs du contrat, et, sauf le cas de

[1] *R. j. f.* IV, 71 et s.
[2] *A. T. F.* XIII, 74, 224, XV, 342, XIX, 319, 363, etc.

dol (où c'est la volonté de transférer elle-même qui est viciée), ne peut déterminer l'annulation du contrat de tradition ». Que l'on érige ceci en théorie doctrinale, qu'on désire voir cette solution consacrée dans une loi future, ou qu'on puisse la fonder sur les art. 929 et suiv. C. civ. all., nos tribunaux suisses n'ont le droit d'appliquer que la loi suisse, qui l'exclut sans conteste. Sous l'empire du C. O., la tradition n'est qu'un élément matériel, extérieur, visible, de la propriété transférée, et si elle doit émaner de l'aliénateur ou de son représentant, et si elle doit avoir lieu en faveur de l'acquéreur ou de son mandataire, elle ne repose nullement sur un contrat distinct ; cfr., entre autres, art. 200, chif. 2, 201, 203, 204. Il suffit qu'elle constate le déplacement de la propriété à l'égard des tiers, cette constatation étant faite *inter partes* par le contrat même d'aliénation. La tradition, en d'autres termes, n'est qu'une forme de publicité, que notre Code a établie pour manifester le transfert de la propriété, et la cause, ou le titre de cette forme, si l'on peut ainsi parler, est le contrat de vente, de donation, etc. Le cadre de cet ouvrage ne nous permet pas de nous arrêter plus longuement à cette question, mais il nous paraît indubitable que le Tribunal fédéral — et M. Hafner avant lui — raisonne en dehors des textes légaux.

248. Le Code fédéral est moins formaliste que les législations où il a puisé sa théorie de la mise en possession. *L'acquéreur* — art. 200 — *est réputé mis en possession :*

1° *Lorsque la chose lui a été livrée* (art. 200 chif. 1), — ou lorsqu'elle a été livrée — *ausgehändigt*, remise en mains — à son représentant (cfr. art. 201 et 203). La délivrance est bien, comme l'exprimait l'art. 1604 C. civ. fr., le transport de la chose aliénée en la puissance et possession de l'acquéreur. Il importe donc qu'il y ait réellement délivrance de l'objet du contrat pour qu'il soit satisfait à la loi, et délivrance reconnaissable pour des tiers[2] ; une simple déclaration émanant de l'aliénateur, ou même d'un officier public, constatant que cette délivrance a été opérée, ou un simple attouchement sans prise de possession effective doivent être tenus pour insuffisants. Mais nous verrons tout à l'heure que la délivrance n'est pas la seule forme de la tradition. Notons en passant que le Tribunal fédéral a décidé[3] que si un objet vendu avait été possédé auparavant en commun par deux indivis, dont l'un devenait l'unique propriétaire, il n'était pas besoin d'une mise en possession ultérieure pour la part vendue.

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXIX, 734 (arrêt du T. F., du 3 Juillet 1903); cfr. *Hafner*, 86.

[2] *Zeitsch. des bern. J. V.* XX, 223.

[3] *A. T. F.* XIV, 114.

2° *Lorsqu'on lui a transmis les moyens de disposer de la chose à l'exclusion de toute autre personne* (art. 200 chif. 2). Les premiers projets énuméraient divers modes de tradition symbolique ; mais on a cru devoir réagir contre cette tendance, qui eût fait une trop large brèche au principe de l'art. 199. On peut envisager comme « moyens de disposer », dans le sens de l'art. 200 chif. 2, la remise des clefs du bâtiment ou de la chambre qui contient les meubles corporels aliénés ; le fait que l'acquéreur détient déjà ceux-ci à un autre titre (usufruitier, locataire, commodataire, dépositaire, propriétaire de la maison où ils se trouvent, alors même que le vendeur se serait réservé d'habiter le dit bâtiment [1], etc.), lors de l'aliénation. C'est ici la *traditio brevi manu*. Ne rentreraient plus, en revanche, dans les termes de l'art. 200 chif. 2, le martelage du bois vendu ou donné ; la mise à disposition de l'acquéreur en vue de l'enlèvement, même pour les objets d'un volume considérable, comme une machine à vapeur, un battoir, mais bien, sans doute, la marque du nom de l'acquéreur apposée sur la marchandise. Il y aura, au surplus, tradition conforme à notre article, toutes les fois que la chose aura été individualisée et désignée d'une manière reconnaissable pour des tiers comme propriété de l'acquéreur, d'accord avec celui-ci ; un acte purement unilatéral d'individualisation et de désignation, en l'absence et à l'insu de l'acquéreur, n'aurait pas la valeur d'une mise en possession [2].

3° *Si la chose se trouve entre les mains d'un tiers, l'acquéreur est réputé mis en possession lorsque celui qui aliène la chose a donné au tiers l'ordre de la conserver dorénavant pour le compte de l'acquéreur* (cfr. art. 201). Dans l'espèce, le tiers n'est autre qu'un représentant de celui au profit duquel la chose a été aliénée. Ainsi, les choses aliénées sont détenues par un individu auquel le vendeur, donateur, etc., les a louées ou prêtées ; la propriété est valablement transférée, dès que l'aliénateur a porté à la connaissance du locataire ou de l'emprunteur qu'elles appartiennent désormais à l'acquéreur. Il y a tradition, entre autres, selon l'art. 201, quand un ordre de livraison a été remis par l'acquéreur, du consentement du vendeur, et accepté par le détenteur de la marchandise ; on peut voir là, en effet, un ordre donné par l'aliénateur au détenteur de posséder pour le compte de l'acquéreur, puisque la loi n'exige pas que l'ordre soit exprès [3] : voir en outre art. 209.

4° *Lorsque la chose doit être expédiée en un autre lieu, l'acquéreur est réputé mis en possession aussitôt qu'il a pris livraison personnellement ou par l'entremise d'un représentant* (art.

[1] *R. j. f.* II, 28, III, 168.
[2] *Rap. Com. Cons. nat.* 19 ; cfr. *A. T. F.* XIII, 75, 224, XIV, 653, XV, 542, XIX, 363.
[3] *A. T. F.* XIII, 313.

203). La mise en possession est indépendante du fait que et du moment où la chose a été expédiée. On se tromperait si l'on croyait, qu'à l'égard des meubles à transporter d'un lieu dans un autre, expédition et tradition se confondent nécessairement. Le messager, le voiturier, le commissionnaire de transport, la personne intermédiaire en deux mots, ne doit pas être considérée sans autre comme représentant de l'acquéreur, alors même que celui-ci l'a désignée à l'expéditeur[1], au point de vue de la prise de possession de la marchandise; elle doit toutefois être tenue pour son représentant, lorsqu'elle a été chargée du transport uniquement par l'acquéreur, si bien qu'elle se trouve légalement soumise à ses ordres et que le pouvoir de disposer de la marchandise pendant le trajet appartient à l'acheteur[2]. La question de savoir si, dans telle circonstance donnée, l'intermédiaire est un représentant de l'acquéreur est une *quæstio facti*. Le moment précis où la mise en possession a été opérée d'après l'art. 203, pour être souvent difficile à déterminer, n'en a qu'une plus grande importance, surtout lorsque l'acquéreur ou le vendeur tombe en faillite après la conclusion du contrat ou l'expédition de la marchandise; cfr. art. 203 L. P.

L'art. 203 se réfère, comme l'on voit, aux ventes de marchandises faites d'une place sur une autre, par correspondance ou autrement. La consignation en chemin de fer et la remise de la marchandise, ni les divers faits énumérés à l'art. 453 C. O., n'apportent aucune modification aux rapports juridiques existant entre l'aliénateur et l'acquéreur, ces rapports demeurant régis par les art. 199 et s.

249. En dérogation aux règles exposées ci-dessus, l'art. 202[3] reconnaît sous certaines conditions une mise en possession de l'acquéreur, sans dessaisissement de l'aliénateur: *Par exception, celui qui aliène une chose peut, même sans s'en dessaisir, en transférer la possession à l'acquéreur, lorsqu'il garde la chose entre ses mains en vertu d'une convention spéciale, par exemple en vertu d'un contrat de louage* (al. 1). Commençons par constater qu'il existe une contradiction bien caractérisée entre cet article et tout notre système de la possession et du nantissement (cfr. art. 199 et s., 210), contradiction qui se retrouve dans les cas de l'art. 264 et du *pactum reservati dominii*, admis par la jurisprudence fédérale.

Nous avons, à l'art. 202, une sorte de tradition qui, à proprement parler et de son essence même, est exclusive de toute tradi-

[1] *A. T. F.* XXVI[2], 149 et s. (le voiturier ne peut, règle générale, être considéré comme le représentant du destinataire, même si la chose voyage aux frais de ce dernier).

[2] *A. T. F.* XIII, 75 et s.

[3] *F. Hirzel*: Das constitutum possessorium, mit besonderer, etc., in-8°, Zurich, 1893.

tion. A., qui est dans une situation gênée, vend ses meubles à B., qui les lui achète et les lui loue ensuite, ou les lui prête, peut-être par le même acte. A. ne se dessaisit pas, reste en possession de son mobilier[1]. Comment voir là une tradition? On a cependant cherché à sauvegarder la règle générale des art. 199 et s. en exigeant que les choses aliénées, pour que la tradition en fût censée opérée, demeureraient en mains de l'aliénateur « en vertu d'une convention spéciale », — ou plutôt d'un rapport de droit spécial, *eines besonderen Rechtsverhältnisses*, dit le texte allemand conforme à la version italienne. Une simple déclaration que le vendeur possèdera désormais au nom de l'acheteur et pour son compte ne suffirait donc pas au transfert et à l'acquisition de la propriété ; il faut absolument une « convention spéciale », un rapport de droit autorisant le vendeur à ne pas se dessaisir. Comme nous l'avons marqué, les mots « convention spéciale » sont beaucoup trop étroits ; il n'est pas besoin, dans l'espèce de l'art. 202, d'une convention, d'un rapport de droit contractuel, et le Code ne demande que l'existence d'une *cause*, résultant d'un contrat ou non, mais d'une cause déterminée, qui sera d'ordinaire une convention, qui peut être aussi fondée sur la loi, comme l'usufruit paternel ou marital, pourvu que les parties se soient rendu compte de cette cause, qu'elles l'aient *voulue*, et alors même qu'elles l'auraient mal exprimée. Le Tribunal fédéral a décidé qu'on s'était conformé à l'art. 202 dans le cas suivant : un père vend ses biens, spécialement du mobilier, à ses enfants mineurs, dûment représentés ; il déclare vouloir posséder à l'avenir pour le compte de ses enfants ; cette déclaration, qui ne répond pas en soi au vœu de la loi, y satisfait cependant, parce qu'il existe ici une cause du défaut du dessaisissement : l'usufruit paternel[2].

Mais le constitut possessoire est, dans la plupart des circonstances, ou bien un moyen d'éluder les prescriptions de l'art. 210 sur le gage, ou bien un moyen, pour un débiteur obéré, d'avantager certains créanciers aux dépens des autres. Il est évident que s'il n'est au fond qu'un nantissement déguisé et contraire à l'art. 210, il est annulable, de quelques dénominations que les parties aient fait usage pour le qualifier[3] ; ceci donnera lieu à des procès parfois très délicats à trancher. Mais, d'habitude, les choses se présente-

[1] *R. j. f.* XII, 100 (le fait que l'acheteur d'un mobilier était, lors de la vente, comme bailleur des locaux occupés, au bénéfice d'un *droit de rétention*, n'équivaut pas au transfert de possession prévu par l'art. 202; cfr. art. 282, 284 L. P.); *J. d. T.* LI, 322 et s., arrêt du T. F., du 19 Déc. 1902 (c'est un constitut possessoire valable que celui d'après lequel le vendeur d'un outillage le conserve à titre de *commodat*).

[2] *A. T. F.* XIII, 227, XV, 343. *R. j. f.* VII, 84.

[3] *A. T. F.* XIII, 276. *H. E.* VI, 176, 343 (*J. d. T.* XXXV, 766).

ront ainsi, ou à peu près ainsi : A. est poursuivi de tous côtés ; au moment où l'huissier arrive à son domicile pour saisir, il affirme qu'il a vendu tout son mobilier à sa femme, ou à son fils, ou à son ami B., ou à son créancier C., et qu'il ne détient plus ce mobilier qu'à titre de locataire. Il place même sous les yeux de l'huissier un contrat de vente et de bail en due forme. Si des actes semblables étaient tolérés, ce serait la ruine du crédit public. Il est vrai qu'on pourrait les attaquer par la voie de l'action révocatoire : mais elle suppose un apport de preuves qui l'eût fait échouer assez souvent, quelque justifiée qu'elle eût été au demeurant. Aussi l'art. 202 al. 2 prescrit-il : *Une semblable mise en possession est sans effet à l'égard des tiers, si elle a eu pour but de les léser ; le juge prononce librement, en tenant compte des circonstances.* Les tiers devront établir : 1° que l'acte attaqué leur cause un préjudice ; 2° qu'il y a eu intention de les léser, de la part des deux contractants, *ou* de l'un d'eux. Plusieurs arrêts décident, il est vrai, que l'acquéreur et le vendeur, et en tout cas l'acquéreur, doivent avoir su, ou dû savoir en y apportant quelque attention, que leurs opérations occasionnaient un dommage à des tiers. Nous ne voyons pas pourquoi l'on interpréterait trop strictement l'art. 202 al. 2 ; ce qu'il suppose, c'est que la mise en possession ait « eu pour but de léser » les tiers ; il n'exige pas que les deux parties aient eu ce but, pourvu qu'il soit atteint et qu'il ait été voulu par l'un des co-contractants. Interpréter autrement cette disposition légale équivaut en réalité à placer le constitut possessoire sous le régime de l'action paulienne, ce qui n'a certainement pas été l'intention du législateur[1]. Quoi qu'il en soit, le juge n'est pas obligé de ne prononcer la nullité que sur une preuve complète, bien qu'il ne puisse pas statuer arbitrairement et sans preuves, ou sur des preuves tout à fait insuffisantes[2]. Toutes les fois qu'il apparaîtra que l'acquéreur a eu en vue de s'avantager au détriment des autres créanciers du vendeur et que ce résultat aura été atteint, qu'il fût déjà créancier privilégié ou non, ou toutes les fois que le vendeur aura cherché son profit ou celui d'un ou de quelques créanciers au préjudice des autres, il conviendra d'appliquer l'art. 202 al. 2. Nous ne pouvons entrer dans des détails de casuistique et nous renvoyons aux arrêts cités en note[3].

[1] La jurisprudence du Trib. fed., sur ce point spécial, semble quelque peu incertaine (*A. T. F.* XIII, 227, XV, 343).

[2] *A. T. F.* XIV, 610 : cfr. *ibid.*, XIX, 350, XXII, 279 et s., XXIII, 730 et s., 1079 et s.

[3] *A. T. F.* XIII, 27, 220 et s., 276, XIV, 653, XIX, 319, XXIII, 730. *R. j. f.* I, 12, 75, III, 97, V, 99, VII, 81, etc.

SECTION DEUXIÈME

Des risques et profits de la chose aliénée.

250. D'accord assurément avec le principe romain, mais en désaccord, semble-t-il, avec la logique, l'art. 204[1] nous dit : *A moins qu'une exception ne découle de circonstances ou d'une convention spéciales* (ainsi, d'après les usages commerciaux, l'aliénateur qui supporte les frais de transport est présumé avoir pris les risques à sa charge), *les profits et les risques de la chose sont pour l'acquéreur à partir de la conclusion du contrat d'aliénation ; si la chose aliénée a été déterminée seulement quant à son espèce, il faut, de plus, qu'elle soit devenue un corps certain et, si elle doit être expédiée dans un autre lieu* (cfr. art. 203), *que celui qui l'aliène s'en soit dessaisi à cet effet*[2]. — *Dans les cas où le contrat est conditionnel, la perte* — non, sans doute, la détérioration régie par l'alin. 1 de notre texte — *de la chose n'est aux risques de l'acquéreur qu'à partir de l'accomplissement de la condition,* — ceci ne s'appliquant qu'aux contrats conditionnés suspensivement ; cfr. art. 174.

Les premiers projets avaient adopté le système du droit français (tradition non exigée) et faisaient, d'une manière conséquente, passer les profits et les risques à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, l'acquéreur étant propriétaire dès ce moment. On avait la règle : *res perit domino ;* l'art. 204 nous enseigne que *res perit emptori.* Si la chose a péri ou a été détériorée (cfr. cependant art. 245) sans la faute de l'aliénateur, par cas fortuit, entre l'époque de la conclusion du contrat et celle de la tradition, l'acquéreur est tenu de payer le prix, quoiqu'il ne soit pas encore propriétaire. C'est une anomalie, mais on n'a pu se résoudre à rendre à la fois le transfert de la propriété et celui des risques inséparables de la tradition. Il est exact de dire que l'anomalie a son correctif, si l'on veut : l'acquéreur a bien les risques, il a aussi les profits. Si A. vend son cheval à B. et que l'animal périsse avant la délivrance, B. en doit le prix ; mais si, avant la mise en possession, le cheval augmentait de valeur du double, l'acquéreur en aurait le bénéfice.

251. Le principe de l'art. 204 ne s'applique qu'aux *corps cer-*

[1] *A. T. F.* XVII, 295 (risques dérivant d'un *emballage défectueux ;* cfr. art. 255 C. O.).

[2] Dans une vente avec *pactum displicentiae*, les risques d'une dépréciation fortuite se règlent en conformité de l'art. 204, al. 1 (cfr. art. 174 C. O.) : *R. j. f.* XXII, 95 (arrêt du T. F., du 29 Janvier 1904), *A. T. F.* XXX[1], 60.

tains. Les choses qui sont seulement déterminées quant à leur genre, qui ne sont pas individualisées par le pesage, le mesurage, la tradition, etc., demeurent aux risques de l'aliénateur, puisque l'aliénation de choses semblables ne devient parfaite que par leur individualisation. A. vend à B., non pas son cheval, mais *un* cheval *in genere;* les risques sont pour le vendeur jusqu'à ce que le dit cheval ait été individualisé ou délivré.

De plus, lorsque la marchandise vendue doit être expédiée dans un autre lieu, les risques ne sont supportés par l'acquéreur que si l'autre partie s'en est dessaisie *(zur Versendung abgegeben)*, c'est-à-dire l'a remise pour être expédiée, abstraction faite d'une mise en possession.

252. Tous usages et conventions contraires sont réservés par l'art. 204, la question des risques ne se posant, au demeurant, que dans les contrats synallagmatiques.

SECTION TROISIÈME

Des effets de la tradition[1].

253. Il est impossible, à raison de la multiplicité et de la célérité des transactions mobilières, de leur procurer, au moyen d'un système de publicité tel que celui que l'on possède en matière d'immeubles, une sécurité suffisante. On ne saurait non plus marquer les choses mobilières de signes assez reconnaissables et assez durables pour qu'ils en révèlent le propriétaire d'une manière certaine. C'est pourquoi l'on en est arrivé à admettre que le fait matériel de la possession, qui est public, doit être la base du droit de propriété des meubles, ce principe étant le seul qui puisse engendrer la confiance dans le trafic des choses mobilières.

254. « En fait de meubles, possession vaut titre », dit l'art. 2279 al. 1 C. civ. fr. On a fait remonter l'origine de cette règle jusqu'à la loi salique et à la loi ripuaire ; mais elle n'apparaît guère, en droit français, qu'au XVIIIme siècle. La disposition de l'art. 2279 al. 1 signifie que la revendication des meubles n'est pas admise, en ce sens que le possesseur (de bonne foi) peut invoquer le fait de sa possession comme un moyen péremptoire pour l'opposer à l'action du véritable propriétaire. Mais le possesseur ne peut, cela va de soi,

[1] *R. Schöpfer :* Die Rechtstellung des bona fide Erwerbers gestohlener, etc., in-8°, Soleure, 1895.

se prévaloir de l'art. 2279, lorsqu'il est sous le coup d'une action personnelle en restitution, née, entre autres, d'un contrat de louage, de dépôt ou de prêt. Quant à la possession de mauvaise foi, elle n'est point protégée par l'article ci-dessus qui, étant d'intérêt général et d'ordre public, ne peut, ne doit pas lui venir en aide.

L'art. 306 C. com. allem. énonce un principe analogue, en conformité avec l'ancien droit germanique et la maxime bien connue: *Hand wahre Hand*, ou *Hand muss Hand wahren*, ce qui, traduit librement, veut dire : les meubles n'ont pas de suite, la revendication n'en est, en thèse générale, pas permise.

La théorie du droit romain dans ce domaine est surannée, comme nous l'avons brièvement montré au début du précédent chapitre. Il ne pouvait être question, pour les rédacteurs du Code fédéral, de reprendre des institutions juridiques incompatibles avec le développement actuel des transactions mobilières. Aussi bien, notre loi repose sur les mêmes fondements que l'art. 2279 al. 1 C. civ. fr. et l'art. 306 C. com. allem.

254 *bis*. Les art. 205 et s. règlent d'une manière absolue la question de savoir dans quelle mesure l'acquisition d'un objet mobilier, faite d'une personne qui n'a pas la faculté de l'aliéner, peut réellement créer un droit sur la chose. En particulier, c'est d'après ces articles, et non d'après la législation sur la poursuite (cfr. art. 284 L. P.), qu'il convient de déterminer dans quelles limites le propriétaire d'objets mobiliers est protégé dans son droit contre les tiers, ou dans quelles limites également son droit de propriétaire est anéanti ou restreint par le fait que des tiers ont acquis, de bonne foi et en vertu d'un titre juridique, soit la propriété même de la chose, soit un droit de gage conventionnel ou judiciaire. Mais on doit s'en tenir à ce principe, en matière de saisie, qu'il ne peut être procédé à des actes d'exécution forcée que sur les biens du débiteur lui-même et que si la poursuite englobe par erreur des objets appartenant à des tiers, ceux-ci sont fondés, à raison de leur droit de propriété, à demander que la saisie soit levée pour autant qu'elle porte sur les dits objets [1] (cfr. cependant art. 106 et s. L. P.).

L'art. 205 [2] (voir en outre l'art. 213 C. O., ainsi que l'art. 306 C. com. al.) nous dit : *Sauf les dispositions relatives aux choses perdues ou volées* (cfr. art. 206), *l'acquéreur de bonne foi devient propriétaire de la chose, encore que celui qui l'a aliénée n'en fût pas propriétaire. Sous les mêmes conditions, les tiers perdent les autres droits réels qui pourraient leur appartenir sur la chose*, — gage, usufruit, etc., si l'acquéreur n'en a donc pas eu

[1] *J. d. T.* XXXIX, 437 et s. (arrêt du T. F., de 1891, Moos c. Winterthour).

[2] *Munzinger*, Motifs, 221 et s. *Mess.*, 47 et s. *H. Guggenheim*, Der Art. 205 des schw. O. R., Zurich, in-8°, 1885.

connaissance. Les conditions requises pour l'acquisition de la propriété basée sur le fait de la possession sont les suivantes, dans l'hypothèse où l'aliénateur n'était pas le véritable propriétaire :

255. 1° *Le possesseur doit être de bonne foi.* Le possesseur est de « bonne foi », lorsqu'il ne connaît pas les vices de la propriété de celui dont il tient son droit et qu'il est à cet égard dans un état d'erreur ou d'ignorance excusable. La notion juridique de la « bonne foi » n'est pas définie par le C. O., mais il n'appartient pas au droit cantonal d'en fixer le sens. Le Tribunal fédéral [1] en a donné la définition que voici : « La bonne foi de l'acquéreur, telle que l'exige l'art. 205, doit être considérée comme la conviction sincère qu'il a de ne léser aucun droit étranger en s'appropriant la chose. Elle est exclue non seulement quand l'acquéreur connaît positivement l'obstacle qui s'oppose à ce qu'il devienne propriétaire (absence de la propriété chez l'aliénateur), mais encore lorsque, d'après les circonstances, en se conformant aux principes de la loyauté commerciale et avec un degré d'attention convenable, il doit admettre que son acquisition est contraire au droit. En d'autres termes, la bonne foi est exclue, quand l'acte d'acquisition repose sur une négligence grave et inexcusable, consistant, soit dans un manque d'attention extraordinaire, soit dans une insouciance coupable du droit d'autrui » ; voir encore ad. art. 207.

Le possesseur doit-il avoir, en outre, un juste titre? Oui, mais en ce sens seulement que le juste titre est un élément de la bonne foi. On peut ainsi imaginer un possesseur *bonæ fidei* dont le titre n'est que putatif (X. a reçu un legs, dont il a pris délivrance, mais ce legs se trouve révoqué plus tard par la découverte d'un testament inconnu à l'époque où le premier testament a été exécuté) ; il n'en serait pas moins protégé, croyons-nous, par l'art. 205. L'aliénateur, lui, dans l'espèce de notre article, est toujours de mauvaise foi, s'il n'est pas le véritable propriétaire et s'il le sait ou devrait le savoir. Mais sa mauvaise foi ne nuit à l'acquéreur que si la chose aliénée avait été perdue ou volée.

L'existence de la bonne foi chez l'acquéreur est *présumée* [2] ; il n'est pas indispensable qu'il ait, lors de la conclusion du contrat, la conviction absolue que son co-contractant, son vendeur, son donateur, est bien propriétaire, car on ne saurait exiger de lui qu'il se renseigne exactement sur l'origine de la propriété de l'aliénateur. Mais, comme le dit excellemment M. Goldschmidt, dans sa *Zeitschrift für Handelsrecht* (IX, 32) : « Celui qui ferme volontairement son esprit à la vérité; celui qui est assez indifférent ou assez

[1] *A. T. F.* XIV, 99 et s.

[2] *J. d. T.* XXXVI, 470 ; sic, *Hafner*, p. 91, *A. T. F.* XXVIII[2], 368. Opinion contraire, *J. d. T.* XXXV, 735.

négligent pour ne point se préoccuper des doutes qui naissent en lui, alors que ces doutes eussent dû frapper tout homme sensé; celui qui, malgré des doutes bien motivés et qui s'imposaient nécessairement à lui, renonce à se servir des moyens propres à connaître la vérité, — celui-là peut être victime d'une erreur, si l'on veut, mais cette erreur est inexcusable : c'est de la mauvaise foi ». C'est ce qu'exprimait une phrase, retranchée depuis, de l'art. 221 (205 actuel) du projet de 1879 : « L'acquéreur est présumé n'être pas de bonne foi. s'il pouvait, en apportant au contrat l'attention nécessaire, se douter que la chose n'appartenait pas à celui qui l'aliénait ». En résumé, si l'acquéreur n'a pas à établir sa bonne foi, la preuve de sa mauvaise foi peut être faite par présomptions.

Si l'acquéreur est une *société en nom collectif*, il suffit qu'un des associés soit de mauvaise foi pour qu'on ne puisse plus invoquer l'art. 205[1]. Si l'acquisition de la chose a eu lieu, en totalité ou en partie, par un représentant, est-ce la bonne foi de l'acquéreur ou de l'intermédiaire qui compte ? On distingue. Si l'acquéreur a donné mandat à son représentant d'acquérir une chose déterminée quant à son espèce (tel tableau, tel cheval, etc.), la bonne foi de l'un et de l'autre est nécessaire. Si le mandat n'a trait qu'à une chose non individualisée, à un *genus*, la bonne foi du représentant importe seule, à moins que le mandat ne soit spécialisé en ce sens que l'acquisition devra se faire chez telle ou telle personne, ou catégorie de personnes (A. charge, par exemple, B. d'acheter une bague chez le sieur X. qui a la réputation d'être un receleur; il ne peut invoquer la bonne foi de son représentant, car lui-même est de mauvaise foi)[2]. S'il s'agit d'un mandat légal (tuteur, mari), la seule bonne foi du représentant est indispensable. Si le contrat est intervenu entre l'aliénateur et l'acquéreur, que le représentant ait simplement eu à effectuer le transport de la marchandise, la bonne foi de l'acquéreur seulement est essentielle. Enfin, si l'acquéreur a cédé ses droits avant la tradition ou si, avant cet acte, ils ont passé à ses héritiers, il est satisfait à l'art. 205, pourvu que sa bonne foi ait existé jusqu'au moment de la cession ou du décès, et que son cessionnaire ou ses héritiers aient été eux-mêmes de bonne foi depuis cette époque jusqu'à la mise en possession.

Considérons encore que la bonne foi n'est exigée par la loi qu'au *début de la possession*, au moment de l'entrée en possession ; si elle n'avait existé que lors de l'acquisition, pour cesser au jour ou avant le jour de la prise de possession, elle serait insuffisante. Doit-elle exister à la fois lors de l'acquisition et de l'entrée en possession, si ces deux faits ne se produisent pas simultanément ?

[1] *R.j.f.* VI, 81 et s.
[2] *Guggenheim*, l. c. 9 et s.

Non sans doute, si la bonne foi existe — ce qui sera le cas assez rarement — lorsque la possession commence. Inutile d'ajouter que la mauvaise foi, survenant postérieurement à l'entrée en possession, ne nuit pas à l'acquéreur. Quand la loi parle d' « acquéreur de bonne ou de mauvaise foi », elle le prend exactement à l'époque de l'entrée en possession : le passé et l'avenir lui sont indifférents, c'est le présent qu'elle consulte, quoiqu'à la vérité le passé puisse lui fournir de précieux indices pour juger le présent.

Cela dit, nous pouvons transcrire l'art. 207 : *L'acquéreur de mauvaise foi*[1] *est toujours tenu* (que la chose ait été perdue ou volée ou non, et même quand elle est de celles mentionnées à l'art. 208) *de restituer la chose ou, s'il s'en est dessaisi, d'en rembourser la valeur ; il est, en outre, responsable de toute diminution de valeur provenant de sa faute ; le tout sans préjudice de plus amples dommages et intérêts, s'il y a lieu.* Tandis que l'acquéreur de bonne foi n'est qu'exceptionnellement (cfr. art. 206) exposé à l'action en revendication du véritable propriétaire, l'acquéreur de mauvaise foi doit toujours la subir, et il n'est pas en droit de réclamer le prix qu'il a payé. Relativement à ses impenses, on appliquera l'art. 74. Une question encore. On a voulu inférer du mot « toujours » *(stets, sempre)*, que l'action en revendication contre le possesseur de mauvaise foi est *imprescriptible*. C'est une erreur. Toujours, veut dire ici : dans tous les cas, et rien autre chose. La prescription des actions, au bout d'un certain laps de temps, est la règle : « les actions se prescrivent par dix ans, lorsque la loi n'a pas établi une prescription plus courte » (art. 146 al. 1). Pour déroger à cette règle, il faudrait une disposition expresse de la loi, que nous cherchons en vain dans l'art. 207 ; l'expression « toujours » est certes ambiguë, mais enfin elle ne peut servir à créer un cas d'imprescriptibilité, que le législateur eût établi en termes plus clairs s'il avait eu l'intention de le faire. L'action en revendication de l'art. 207 se prescrit par *dix ans.* Quant à l'action en indemnité ou à celle tendant à réclamer « de plus amples dommages et intérêts », nous déterminerions leur prescriptibilité d'après l'art. 69 al. 1 et 2; que sont-elles, en effet, sinon des actions dérivant d'un acte illicite ?

256. 2°. *La chose doit être mobilière* (voir n° 246 ce que nous avons dit de la distinction des biens entre meubles et immeubles). Mais l'art. 205, c'est-à-dire le principe de l'inadmissibilité de la re-

[1] *A. T. F.* XX, 835 (la preuve de la mauvaise foi doit être faite par la partie qui l'allègue), XXVIII[2], 365 et s.; *R. j. f.* XVI, 72 (pour être de mauvaise foi, il n'est pas nécessaire de s'être rendu compte qu'on acquérait des objets perdus ou volés : il suffit qu'on ait omis de prendre les mesures de précaution usuelles pour s'en assurer).

vendication des meubles à l'égard du possesseur de bonne foi, ne s'applique qu'aux *meubles corporels* (individuellement réclamés) auxquels la loi assimile les *titres au porteur non mentionnés à l'art. 208* (actions, billets de loterie, de chemins de fer, de théâtre, cartes de banquet, etc.) et les *titres de l'art. 209*, article dont la teneur suit : *Lorsque des marchandises sont représentées par un récépissé de dépôt, bulletin de chargement ou autres pièces analogues, celui qui a acquis le titre de bonne foi est réputé propriétaire de ces marchandises. — Toutefois, s'il se trouve en conflit avec un tiers qui est devenu, également de bonne foi, possesseur des marchandises elles-mêmes, celui-ci doit lui être préféré quant aux droits de propriété ou aux autres droits réels dont il se prévaut* (art. 209)[1]. Quoique le possesseur de la chose représentée par un titre soit, en cas de conflit, préféré au possesseur du titre, les documents de l'art. 209 n'en sont pas moins mis sur la même ligne que des meubles corporels, n'en confèrent pas moins, du seul chef de leur détention, un droit de propriété sur la marchandise même, comme si leur détenteur avait été mis en possession réelle de celle-ci ; mais ils ne sont représentatifs de marchandises que lorsqu'ils sont créés à ordre ou au porteur, ou, du moins, que si, quoique nominatifs ils sont des *Werthpapiere*. On ne peut prétendre que l'art. 205 soit inapplicable aux titres de l'art. 209 (cfr. art. 843), parce que l'art. 844 les soumet (seulement pour autant qu'ils « sont à ordre ») aux « dispositions relatives aux lettres de change en ce qui concerne... la justification du droit de propriété du porteur » et leur « annulation », et que dès lors on aurait, à l'égard de ces titres, les mêmes règles que pour la lettre de change. Cette opinion ne nous paraît pas justifiée, déjà au vu de la place qu'occupe notre art. 209, qui est en corrélation intime avec les art. 205 et s. et qui dérogerait à l'art. 844 ; et puis, il ne faut pas confondre les droits qui découlent de ces titres, leurs effets, avec le mode même de leur acquisition ou de leur annulation. Ce que l'on peut dire, c'est que, lorsque ces titres seront créés à ordre ou seront nominatifs, ils ne conféreront qu'au porteur dûment légitimé (cfr. art. 844, art. 755 ; cfr. aussi art. 183 et s.) les droits consacrés par l'art. 209, — le porteur devant, au surplus, avoir été de bonne foi, dans tous les cas, lors de l'entrée en possession de ces titres, qu'ils soient à ordre, au porteur ou nominatifs. La matière des certificats de dépôt, bulletins de chargement, warrants, connaissements et autres papiers de même nature, n'est, en dehors des art. 209, 212 et 843 et s., pas régie par le droit fédéral, ensorte que la mesure dans laquelle des titres semblables peuvent représenter la mar-

[1] *Zeitsch. für schw. R.* XIII, n. s., 381 et s. (article de M. J.-J. Oberer sur art. 209 et 219).

chandise s'appréciera suivant la loi cantonale, ou, à défaut de loi cantonale, suivant les principes généraux du droit, ou encore suivant la loi étrangère du pays où ils auront été créés. Le Tribunal fédéral[1] a reconnu que les *ordres de livraison* (exemple : l'administration des marchandises en dépôt du Gothard est priée d'expédier de nos marchandises déposées sous nº tel et tel à X.) n'étaient pas des titres assimilables à ceux de l'art. 209, parce qu'ils ne renfermaient qu'un mandat de livrer de la part de l'aliénateur au détenteur, mais non pas une promesse du transporteur ou gardien de la marchandise de livrer celle-ci au légitime possesseur du titre.

Ainsi les meubles corporels individuellement réclamés, les titres au porteur non spécifiés à l'art. 208 et les titres de l'art. 209, soit les marchandises qu'ils représentent, ne sont pas susceptibles d'être revendiqués contre le possesseur de bonne foi, sauf l'art. 206 et l'art. 209 *in fine*. L'art. 205 est, en revanche, *inapplicable :*

a) aux *lettres et billets de change* (art. 755, 790 et s., 827 chif. 10);

b) aux *chèques* émis en faveur d'une personne déterminée ou créés à ordre (art. 836, 790 et s.);

c) aux *billets à ordre*, promesses de paiement, délégations, assignations expressément créées à ordre des art. 838 et s., comme aussi aux *titres à ordre des art. 843 et s.* autres que ceux visés par l'art. 209;

d) à l'*argent*, à la monnaie, qui ne peut être revendiquée, n'ayant pas de suite;

e) aux *meubles incorporels en général*, sauf ce que nous avons fait observer plus haut quant aux titres au porteur et à ceux de l'art. 209. En ce qui regarde les *créances* notamment, le véritable propriétaire, auquel on ne peut opposer la règle « en fait de meubles possession vaut titre », a, en toutes circonstances, une action en revendication de sa créance : les droits dérivant de créances sont habituellement fondés sur des titres nominatifs, il n'est pas difficile de vérifier les droits de l'aliénateur et si l'acquéreur n'a pas procédé à cette vérification, il ne doit pas jouir de la protection légale de l'art. 205. Voir, au reste, lit. *a*, *b* et *c* ci-dessus.

257. 3º *La chose doit n'avoir été ni perdue ni volée* (la qualification du juge pénal étant indifférente pour les choses volées). Les meubles corporels et les titres que notre Code leur assimile peuvent cependant être revendiqués, même contre le possesseur de bonne foi, dans l'espèce de l'art. 206 : *Les choses volées ou perdues peuvent être revendiquées contre tout détenteur, pendant cinq ans à compter du jour de la perte ou du vol. Si des choses vo-*

[1] *A. T. F.* XIII, 312; cfr. *ibid.*, XXV², 810 et s.

lées ou perdues ont été acquises de bonne foi dans un marché, ou dans une vente publique, (à laquelle l'art. 108 L. P. assimile la « vente de gré à gré » opérée par l'office de poursuites) *ou d'un marchand*[1] *vendant des choses pareilles, le détenteur n'est tenu de s'en dessaisir que contre remboursement du prix qu'il a payé.* S'il y a eu adjonction, spécification, mélange, la loi cantonale fixe les droits respectifs des parties (voir C. civ. fr. art. 565 et s.).

L'art. 206 a traversé bien des phases. Tandis que M. Munzinger admettait, avec un délai de prescription différent, l'exception relative aux choses perdues ou volées, les projets de 1871, 1875, 1877, consacraient absolument le principe de la non-revendication, et c'était la seule solution tout à fait recommandable. Le projet de 1879 reprit le système de M. Munzinger, emprunté aux art. 2279 et 2280 C. civ. fr., probablement afin de se mettre — ce qui n'était pas sans importance — d'accord avec les lois des Etats voisins. Mais notre Code, modifiant le droit français, étend à *cinq ans* le délai de prescription de l'action en revendication ; en outre, il la donne contre *tout détenteur* (ainsi non seulement contre le possesseur de bonne foi), quelle que soit la cause de sa détention, contre le créancier-gagiste, contre le créancier ayant un droit de rétention, etc., peu importe d'ailleurs que la chose lui soit parvenue médiatement ou immédiatement de celui qui l'a volée ou trouvée. Et contre l'*inventeur ?* Nous l'admettrions aussi, même dans les cantons où la loi (Code valaisan, art. 568 et s., Code fribourgeois, art. 517, Code vaudois, art. 507, Code neuchâtelois, art. 570, Code tessinois, art. 357, etc.) reconnaît à l'inventeur un droit de propriété sur la chose trouvée, après que des mesures de publicité ont été prises et qu'un laps de temps plus ou moins long s'est écoulé depuis ; ces dispositions du droit des cantons sont abrogées, en tant que contraires à l'art. 206.

L'exception consacrée par cet article se justifie pour la raison que la perte et le vol sont des cas fortuits, qui excluent en général toute faute de la part des personnes qui en sont victimes. Il n'en est pas toujours ainsi du possesseur, qui aura pu concevoir quelque méfiance lorsque la chose lui a été vendue, donnée, remise en gage, soit que son co-contractant eût des allures suspectes, soit qu'il lui offrît à vil prix un objet précieux, etc. En conséquence, le propriétaire dépouillé est préféré au possesseur, sa situation étant, à l'ordinaire, plus digne de protection. Il est bien autorisé à revendiquer, mais sous des conditions onéreuses (restitution du prix payé), lors-

[1] *R.j.f.* III, 98 (sur le sens du mot « marchand »). *Zeitsch. des bern. J. V.* XXIV, 161. — Un banquier serait certainement un « marchand » dans le sens de la loi, quant aux titres au porteur vendus par lui.

que le possesseur actuel s'est rendu acquéreur dans des circonstances telles qu'il ne pouvait soupçonner ni la perte, ni le vol.

Et maintenant, que doit-on entendre par les mots « perte » et « vol » ?

a) La *perte* peut résulter indifféremment du fait du propriétaire ou d'un cas fortuit ; quand bien même elle serait arrivée par négligence, elle n'emporterait pas déchéance à l'égard du droit de revendiquer.

b) Le *vol* n'a pas, dans notre langue juridique, une signification bien précise, car nous possédons en Suisse vingt-cinq législations pénales, sans parler du Code pénal fédéral. qui ne le définissent pas toutes de la même manière. Et il semble dès lors malaisé de se ranger à l'opinion de ceux qui voudraient interpréter restrictivement le mot « vol ». On pourrait l'envisager, dans le cas de l'art. 206. comme synonyme d'*appropriation dolosive* d'une chose appartenant à autrui, que le délit présente plutôt les caractères du vol proprement dit, ou ceux de l'escroquerie, de l'extorsion, du brigandage et même de l'abus de confiance. Ceci paraît d'autant plus rationnel que la revendication est accordée pour les choses « perdues ». Or. comme le marque fort bien le Message du Conseil fédéral : « Le reproche de négligence que l'on adresse au propriétaire *qui a confié une chose à un tiers infidèle* et qui a, par cela, causé l'erreur de celui qui en a acquis la possession, peut être adressé avec plus de raison à celui qui a perdu la chose ». Que veut dire ceci, sinon que la protection légale assurée en cas de perte, devrait l'être *a fortiori* en cas d'abus de confiance. et naturellement dans les autres cas d'appropriation frauduleuse qui, comme l'escroquerie, se confondent davantage avec la notion du vol. Bien plus, notre législateur a copié presque textuellement les art. 2279 al. 2 et 2280 C. civ. fr., ensorte que le sens que la doctrine française attache aux mots « choses volées » n'est pas sans intérêt pour nous. Si la plupart des auteurs et des arrêts interprètent cette expression limitativement, c'est par le seul motif que le Code pénal français contient une définition du vol ; mais nombre de jurisconsultes et de tribunaux ont admis, au moins pour l'escroquerie et quelques-uns même pour l'abus de confiance. la théorie que nous avons esquissée[1]. Nous nous bornons à résumer ces arguments, car la jurisprudence du Tribunal fédéral y est contraire. « Comme choses « volées ou perdues ». décide un arrêt du 25 Mars 1893. il y a lieu d'envisager celles dont l'ayant droit

[1] Dans notre sens, *R. j. f.* III. 35 (escroquerie assimilée au vol) ; *Semaine jud.* IX, 538 *(idem)*. — Contra : *Schneider et Fick*, *Hafner*, *Haberstich*, *R. j.* I, 279, III, 278, *A. T. F.* XIX, 312. XXVII[2], 151 (mais commet un vol et non un abus de confiance, celui qui s'approprie une chose qui est à la fois à sa disposition et à celle du propriétaire. — un caissier, par ex., qui possède comme son patron les clefs du coffre-fort), *J. d. T.* XLV, 605.

a perdu la détention *(Gewahrsam)* par une cause étrangère à sa volonté, contre son gré ou sans son consentement... Notre Code s'est placé essentiellement, en ce qui concerne la revendication des meubles, au point de vue consacré par l'art. 306 C. com. al. et par le droit français. A l'instar de ces législations, et notamment du C. com. al., le C. O. repose sur la distinction à faire, conformément au droit germanique, entre les choses confiées et les choses perdues *(anvertrautes und verlorenes Gut)*. S'il s'agit de choses confiées, la revendication est exclue contre l'acquéreur de bonne foi ; l'acquisition faite de bonne foi opère valablement le transfert de propriété, même si celui qui a aliéné n'était pas propriétaire. Si celui en qui le propriétaire a placé sa confiance aliène sans droit la chose en faveur d'un acquéreur de bonne foi, il doit chercher sa confiance là où il l'a laissée ; il doit, en d'autres termes, s'en tenir à celui en qui il a eu confiance, et il est désarmé envers l'acquéreur. Lors, au contraire, que l'ayant droit a perdu la détention pour une cause étrangère à sa volonté, il est en droit de revendiquer la chose contre tout détenteur ». En substance, les expressions « volées » et « perdues » ne s'appliqueraient pas exclusivement, il est vrai, au vol ou à la perte dans le sens restreint de ces mots, mais elles comprendraient tous les cas dans lesquels l'ayant droit a été dépouillé de sa détention sans consentement de sa part; elles ne doivent pas être appliquées, en particulier, aux cas d'escroquerie, d'abus de confiance et dans des espèces analogues. Le Tribunal fédéral invoque essentiellement les « origines historiques » de notre loi. En dehors des origines historiques au bénéfice desquelles nous pouvons nous mettre aussi, il est des raisons de logique et d'équité qui parlent en faveur de la solution que nous avons adoptée. Du moins, notre jurisprudence assimile aux choses perdues ou volées, *celles dont on se trouve dessaisi, de toute autre manière, contre sa volonté.*

Le revendiquant, qui cherche à se mettre au bénéfice de l'art. 206, doit *prouver* la perte ou le vol, en justifiant d'ailleurs qu'il était *propriétaire* au moment du vol ou de la perte, ou qu'il était *possesseur* de la chose à cette époque en qualité de créancier-gagiste, dépositaire, etc.[1] Il n'a pas, en principe, à rembourser le prix de la chose à l'acquéreur de bonne foi (si l'acquéreur est de mauvaise foi, on se rappelle la situation que lui fait l'art. 207), sauf dans les circonstances prévues à la fin de l'art. 206. Il était effectivement bien difficile à l'acquéreur, dans ces divers cas, de supposer qu'il achetait d'un individu n'ayant pas le droit de vendre ; sa

[1] Nous croyons que le bénéfice de la revendication peut être étendu dans cette mesure, car responsables de la garde envers le propriétaire, ces possesseurs doivent pouvoir exercer, dans l'intérêt de celui-ci comme dans leur propre intérêt, le droit résultant de l'art. 206 (cfr. *Baudry-Lacantinerie et Tissier*, Traité de droit civil, — De la prescription, p. 551, 573).

bonne foi doit être présumée, son erreur étant invincible. Partant, si la loi l'expose à l'action en revendication, c'est déjà beaucoup, et il faut à tout le moins que le *prix payé* par lui (ceci exclut le donataire de la faveur de l'art. 206 *in fine*) lui soit remboursé avec tous accessoires légitimes (cfr. art. 241).

Après *cinq ans* depuis la perte ou le vol, le véritable propriétaire est déchu de toute action en revendication contre le possesseur de bonne foi, qui est définitivement propriétaire. Il ne peut plus poursuivre que l'auteur de l'appropriation dolosive, soit au pénal, soit au civil, en application des art. 50 et s. Le *recours de l'acquéreur* contre le vendeur est régi par les art. 235 et s.

L'art. 206 autorise la revendication, en cas de perte ou de vol, non seulement des meubles corporels et des titres de l'art. 209, mais aussi, en général, des titres *au porteur*, parce que, disait le Message du Conseil fédéral, « il n'y a pas lieu de faire une différence entre ces papiers et les autres choses mobilières », le droit de créance étant lié au titre et le transfert s'en opérant par simple tradition manuelle. Il est, au reste, impossible à l'acquéreur d'un titre semblable de vérifier s'il appartient en réalité à l'aliénateur. Mais tous les titres au porteur ne jouissent pas de la même faveur. Il en est qui ne peuvent être revendiqués que contre le possesseur de mauvaise foi (art. 207 et 208 comb.) et qui, même en cas de perte ou de vol, demeurent la propriété du possesseur de bonne foi. Ceci résulte de l'art. 208 ainsi conçu : *Sous réserve des dispositions de l'article précédent* (207), *on ne peut revendiquer :* 1° *les billets de banque et les coupons échus,* — qui sont assimilés à de l'argent, quand ils étaient « échus » lors de la possession acquise de bonne foi ; 2° *les titres au porteur reçus en contre-valeur et de bonne foi d'un pays où la loi n'en admet pas la revendication*. Ceci est le cas, par exemple, pour l'Allemagne, dont le Code civil (art. 935, alin. 2) prohibe la revendication de tous les titres au porteur contre les possesseurs de bonne foi. Ainsi les titres au porteur, perdus ou volés, peu importe où, et acquis de bonne foi en Allemagne (il en est de même pour l'Autriche), ne peuvent être revendiqués en Suisse, s'ils ont été « reçus en contre-valeur », — non point sans doute s'ils ont été donnés ou légués. Des titres de ce genre (sauf l'exception de l'art. 208 chif. 1) acquis en Suisse seraient au contraire susceptibles de revendication. Mais il n'est pas nécessaire que l'acquéreur soit domicilié en Suisse pour que l'art. 208, chif. 2, soit applicable[1].

258. 4° *Existence d'un transfert réel de la possession.* Celui qui détient à titre précaire (comme locataire, dépositaire, etc.) n'a pas la possession et il n'est point protégé par l'art. 205. Il importe

[1] *R. j. f.* XVIII, 59 (arrêt du Trib. féd. du 24 Nov. 1899).

peu d'autre part, pourvu que le possesseur soit de bonne foi, que le transfert ait eu lieu *a non domino;* mais sa bonne foi suppose un juste titre de sa possession, vente, échange, donation, et il faut en outre qu'il soit devenu propriétaire par la tradition de l'objet aliéné (voir nos 247 et s.). Si le contrat en vertu duquel la tradition a été opérée est entaché d'erreur, de dol ou de violence, l'aliénateur, victime de l'un de ces vices du consentement, a une action en nullité fondée sur les art. 18 et s. et le droit de revendiquer à l'encontre de son acquéreur immédiat; par contre, un acquéreur postérieur, qui aura obtenu la possession de bonne foi, est naturellement protégé par l'art. 205.

258 *bis*. Notre loi n'a pas expressément réglé le cas dans lequel l'aliénateur est privé de son droit de disposer de la chose, par exemple, du chef de sa faillite ou de poursuites dirigées contre lui. On peut se demander, en conséquence, si ce défaut de droit de disposition dans la personne de celui qui opère la tradition constitue un obstacle absolu au transfert de la propriété, ou s'il convient d'appliquer par analogie le principe de l'art. 205, la bonne foi de l'acquéreur, son ignorance notamment de l'incapacité de son co-contractant, devant faire considérer ce transfert comme valable. Cette question est douteuse[1]; nous la trancherions par l'affirmative au vu du texte même de l'art. 205.

258 *ter*. Une question veut encore être touchée d'un mot. L'acquéreur de bonne foi, auquel la tradition a été faite par constitut possessoire (cfr. art. 202) peut-il invoquer la faveur de l'article souvent cité? M. H. Guggenheim, dans une dissertation que nous avons signalée en note, s'exprime à ce sujet dans les termes suivants: « Cet acquéreur ne saurait être envisagé comme un possesseur protégé contre la revendication du véritable propriétaire, car il n'y a pas eu à son profit « aliénation » dans le sens de l'art. 205. C'est ce que les premiers projets avaient expressément déclaré, c'est ce que les auteurs allemands admettent. En conséquence, celui qui a acquis une chose dans les conditions de l'art. 202 peut être dépossédé, sauf son recours contre son aliénateur ». Cette manière de voir est en contradiction avec la loi elle-même, qui considère le constitut possessoire comme l'équivalent d'une mise en possession réelle. Notre Code aurait certainement statué une exception sur ce point, si le législateur avait voulu ne regarder comme acquéreur de bonne foi garanti par l'art. 205, que celui qui aurait été mis en possession conformément aux art. 200, 201 et 203. Nous pouvons inférer de son silence, que lorsqu'il parle à l'art. 205 d'un « acquéreur de bonne

[1] *A. T. F.* XIV, 211.

foi », il a en vue celui qui, *bona fide*, a reçu la tradition de la chose selon un des modes établis aux art. 200 et s. M. Hafner se prononce dans le même sens que nous.

259. En résumé, les effets de la tradition consistent essentiellement en ce qu'elle confère au possesseur de bonne foi un droit absolu de propriété, qui ne peut être détruit, par l'action en revendication du véritable propriétaire, que dans les circonstances exceptionnelles de l'art. 206. Et pour qu'elle soit protégée dans cette mesure, il faut que la possession : 1° soit de bonne foi ; 2° ait pour objet des meubles corporels ou des meubles incorporels qui puissent leur être assimilés ; 3° que la chose n'ait été ni perdue ni volée.

CHAPITRE III

Du droit de gage[1].

SECTION PREMIÈRE

Historique et notions générales.

260. Jadis, et pendant longtemps, le gage eut une tout autre intensité que dans les temps modernes. Ainsi chez les Romains, dans la première période de leur droit, le débiteur transférait la propriété du gage au créancier, qui s'obligeait à le rétrocéder après acquittement de la dette *(fiducia)*. Plus tard, le créancier n'eut que la possession du gage, avec la faculté de l'aliéner en cas de nonpaiement. Enfin le prêteur — pour un cas particulier d'abord, mais cette dernière forme du gage se généralisa bientôt — admit qu'au moyen d'un simple pacte, sans que la possession du gage fût transmise au créancier, le débiteur pourrait constituer une sûreté réelle sur une chose mobilière ou immobilière ; c'était là le pacte d'hypothèque, donnant un droit de suite et un droit de préférence, indépen-

[1] *Haberstich*, I, 306 et s. *Jacottet*, 151 et s. *Schneider et Fick*, 354 et s. *Hafner*, 96 et s. *Zeitschrift für schw. R.* VII, n. sér. 68 et s. et VI, n. sér. 417. *Motifs*, 854 et s. *A. T. F.* XII, 518, XIX, 551.

damment de toute mesure de publicité. A Rome, le créancier pouvait d'ailleurs réaliser son gage sans aucune formalité de subhastation.

Les mêmes phénomènes se sont reproduits, avec quelques variantes, chez presque tous les peuples. Mais les législations modernes ont dû se préoccuper davantage du crédit public, en exigeant la mise en possession du créancier pour le gage mobilier, et, pour le gage d'immeubles, pour l'hypothèque, une inscription sur un registre public afin de la faire connaître et la rendre opposable aux tiers.

261. Un ancien adage disait : *Plus est cautionis in re quam in persona*. De là, les sûretés réelles. Au début de la vie civilisée, toute dette est garantie à la fois sur la personne et les biens du débiteur. Peu à peu, le créancier perd ses droits sur la personne et n'a plus de garantie que sur la fortune. Mais cette garantie collective, profitant à tous les créanciers, peut ne point suffire ; et chacun d'eux chercha bientôt à obtenir une situation privilégiée à l'égard des autres. Un de ces privilèges, une de ces sûretés réelles, fut le nantissement, « contrat par lequel le débiteur *remet* une chose à son créancier pour sûreté de la dette » (C. civ. fr. art. 2071). Le nantissement, qui est la forme du gage en droit fédéral, est l'un de ces contrats qu'on appelle, en doctrine, *synallagmatiques imparfaits :* effectivement, il ne naît à l'instant du contrat qu'une obligation, celle du créancier de restituer la chose reçue en gage, lorsque la dette sera acquittée ; le débiteur, lui, n'est pas encore obligé à ce moment (par le contrat de gage ; il est bien obligé à un autre titre, à raison de la dette), il ne peut le devenir que par des faits postérieurs qui ne se produiront pas toujours, entre autres par suite d'impenses que le créancier gagiste fera en vue de la conservation de la chose.

Le gage est, d'un autre côté, un contrat *accessoire*, qui partage le sort de l'obligation principale, qui s'éteint avec elle et qui, à un autre point de vue, n'empêche pas le débiteur de répondre de la dette sur tous ses biens[1]. Il peut, au demeurant, être établi dans le but de garantir une dette quelconque, pourvu que celle-ci soit valable. Si deux ou plusieurs personnes fournissent *des gages* pour sûreté d'une créance, chacun de ces gages est, sauf convention contraire, censé en outre constituer une garantie au profit des autres[2]. Ajoutons qu'un gage peut être consenti en faveur d'une créance quelconque, même *conditionnelle* ou *éventuelle*[3].

Au surplus le gage n'est qu'une des espèces de nantissement : le nantissement *mobilier*. Le nantissement immobilier, l'*anti-*

[1] *A. T. F.* XII, 548.
[2] *J. d. T.* LII, 358 et s. (arrêt du Trib. féd. du 19 Déc. 1903).
[3] *J. d. T.* LII, 415 et s.

chrèse (voir C. civ. fr. art. 2085 et s.), reste soumis au droit cantonal; « ce n'est plus, pour nous servir de l'expression de M. P. Pont, un contrat de peuple civilisé ».

L'*hypothèque* des immeubles, conditions et effets, est également régie par le droit des cantons [1].

261 *bis*. Les art. 210 et s. ne prohibent nullement le *pignus irregulare*, dans lequel le gage, devenant propriété du créancier, doit être restitué non *in specie*, mais par équivalent [2]. Le Tribunal fédéral a, d'autre part, tranché dans le sens de l'affirmative la question très controversée de savoir si le gage peut être constitué valablement dans la forme du *constitut possessoire* et sous les réserves de l'art. 202, ainsi au moyen d'une *vente à réméré* [3]. Nous ne pouvons guère admettre que cette solution soit conforme à la lettre. ou à l'esprit de notre loi. Quant à l'*hypothèque mobilière*, que l'on rencontrait dans certaines législations cantonales avant le 1[er] janvier 1883, elle est incompatible avec les art. 210 et s. C. O. [4] (cfr. cependant art. 210, alin. 3); mais elle a reparu dans le projet de Code civil suisse de 1904 (art. 890 et s.), restreinte, il est vrai, à certains complexes des meubles, tels que les approvisionnements, les outillages industriels, etc., et soumise à la formalité de l'inscription dans des registres publics.

SECTION DEUXIÈME

De la constitution du gage.

§ 1. *A l'égard des meubles corporels, des titres au porteur et des titres de l'art. 212.*

262. Au contraire de ce qui est prescrit relativement au droit de gage sur des *créances* (voir § 2), la *forme écrite n'est pas nécessaire* pour la constitution en gage de meubles corporels, auxquels la loi assimile les titres au porteur et ceux de l'art. 212. Mais, comme le Code français, notre Code prohibe tous les droits de gage

[1] Entre autres, *A. T. F.* XVI, 399.

[2] *A. T. F.* XIX, 338, XXIII, 689 et s.

[3] *A. T. F.* XIX, 317 et s., *J. d. T.* XLIX, 170 (arrêt du T. F., du 21 Déc. 1900).

[4] *J. d. T.* XLVIII, 31, arrêt du T. F., du 16 Sept. 1899 (en conséquence, un créancier hypothécaire n'a pas de droit de suite sur les *arbres* croissant dans le fonds hypothéqué, dès qu'ils ont été séparés du sol).

conventionnels, qui auraient pour effet de laisser la chose donnée en gage aux mains du débiteur, sauf l'exception de l'art. 210, al. 3, ainsi formulée : *Il appartient néanmoins à la législation cantonale d'autoriser l'engagement du bétail par le seul effet d'une inscription sur des registres publics*. Ce mode spécial d'engagement a été réservé en vue des contrées alpestres, où le sol est généralement, ou en grande partie, la propriété soit de la commune, soit de corporations, où le paysan, possédant peu ou prou de terrain, n'a pas la ressource du crédit hypothécaire et se trouve dans la nécessité de donner à ses créanciers des sûretés sous forme de mise en gage de son bétail. On conçoit qu'une constitution de gage, par voie de nantissement, ne présenterait aucun avantage pour l'agriculteur, qui ne consentirait jamais à se dessaisir, même temporairement, de ses bestiaux pour se procurer des fonds. Il a fallu, en conséquence, autoriser l'engagement du bétail par simple inscription sur des registres publics.

263. Voici comment l'art. 210, al. 1 et 2, précise les caractères de la constitution d'un gage valable sur les biens désignés dans le titre de ce paragraphe : *Le droit de gage sur les meubles corporels ou sur les titres au porteur*[1] *ne peut s'établir que par voie de nantissement* (cfr. toutefois n° 335 ad art. 264), *c'est-à-dire par la remise de la chose au créancier gagiste ou à son représentant. — La remise n'est pas réputée faite, tant que la chose est encore entre les mains de celui qui constitue le gage*. La constitution du gage doit être faite par un propriétaire capable d'aliéner ; l'incapable pourra demander la restitution de l'objet remis en gage (cfr. art. 30 et s.). Quant au gage constitué par celui qui n'en est pas propriétaire, il est valable entre parties, et le débiteur ne peut, avant sa libération, exiger qu'il lui soit rendu ; mais, envers le véritable propriétaire, l'engagement n'est qu'une *res inter alios acta* et la revendication est admissible, excepté lorsque le bien reçu en nantissement est un meuble corporel ou un titre au porteur (cfr. encore art. 213) et que le créancier gagiste a d'ailleurs été de bonne foi lors de la remise. Il va de soi, bien que le C. O. soit muet sur ce point, que le gage peut être constitué, soit par le débiteur lui-même, soit aussi par une tierce personne en son nom. Il n'est pas indispensable, d'autre part, que le gage soit remis au créancier lui-même, il peut l'être valablement à son *représentant*, tuteur ou gérant, et même à un tiers convenu entre les parties[2]. Mais la remise, qui doit, dans tous les cas, être faite du consentement de celui qui constitue le gage (une ordonnance du juge ne saurait remplacer ce con-

[1] *A. T. F.* XI, 381, XIX, 553 (définition des mots « titres au porteur »).
[2] *J. d. T.* XXXV, 206, *A. T. F.* XIX, 285.

sentement[1]), et cette remise doit être encore *effective*, car, ainsi que la Cour de cassation française l'a jugé, il est nécessaire que « la mise en possession soit un fait apparent, d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et que l'objet engagé ne fait plus partie de son actif libre » (voir n° 262 *bis*). Cependant, si la remise doit être effective, il n'est pas indispensable qu'elle consiste dans un abandon matériel de l'objet du gage, ensorte que, par exemple, la délivrance au créancier des clefs donnant accès à l'endroit où le gage se trouve suffit, en principe, pourvu qu'il ait en tout temps la faculté de s'y rendre et qu'il détienne seul les dites clefs[2].

La simple promesse de fournir un gage confère à celui auquel elle a été faite le droit d'intenter une action en délivrance de l'objet promis.

264. *Les marchandises représentées par des titres susceptibles d'endossement, tels que récépissés de dépôt, bulletins de chargement, ou autres pièces analogues* (cfr. art. 209), *peuvent être données en gage par la simple remise au créancier gagiste du titre endossé à son profit* (art. 212 al. 1). Il faut, dans ce cas, un titre *endossable, endossé* et qui *représente* vraiment la marchandise, en ce que celle-ci ne puisse être retirée sans la remise du titre même. Mais il arrive assez souvent que le propriétaire de la marchandise se fait délivrer deux titres : un certificat de dépôt en vue de la vente, et un titre de gage spécial en vue d'un emprunt à contracter. *Si*, dit l'art. 212 al. 2, *il a été créé, indépendamment du récépissé de dépôt, un titre de gage spécial (warrant), la remise de ce titre endossé suffit pour constituer le gage, pourvu que la somme garantie et l'échéance soient aussi indiquées sur le récépissé* (de dépôt). On se rappelle que, d'après l'art. 209, le possesseur de bonne foi des marchandises est toujours, en cas de conflit, préféré au possesseur du titre qui les représente, aussi bien en ce qui concerne le droit de propriété que les autres droits réels concédés sur la chose. Si toutefois, abstraction faite de ce cas, le propriétaire de la marchandise l'a vendue en en effectuant la tradition par la remise du récépissé de dépôt, et si, d'un autre côté, il l'a engagée par la remise du warrant endossé à un créancier, on comprend que les droits de l'acquéreur puissent être compromis. La loi a prévu ces difficultés, en statuant que la remise du warrant endossé n'emportera constitution de gage opposable au possesseur du récépissé de dépôt, que « si la somme garantie et l'échéance sont aussi indiquées » sur ce dernier titre. L'amateur, en lisant le récépissé, verra si un titre de gage spécial a été créé, et de quelle importance : il

[1] *R. j. f.* I, 17 et s.
[2] *A. T. F.* XXII, 523 et s.; cfr. *ibid.*, XXVII[2], 554 et s.

achètera donc ou n'achètera pas, suivant qu'il ne craindra pas ou qu'il craindra l'éventualité de la réalisation du gage. S'il se rend acquéreur, il ne deviendra, bien entendu, propriétaire que sous les mêmes conditions que son vendeur, c'est-à-dire à charge, en cas de non-paiement de la somme garantie par le warrant, de verser au porteur de ce titre le montant de la dette ou de subir l'expropriation.

265. Nous avons signalé plus haut (nº 262) une *exception* au principe de l'art. 210 al. 1 et 2. Nous trouvons à l'art. 211 une *nouvelle réserve* en faveur du droit des cantons : *Il n'est pas dérogé non plus aux prescriptions des lois cantonales en vertu desquelles des objets mobiliers peuvent, en tant qu'accessoires d'un immeuble, être hypothéqués en même temps et d'après les mêmes formes que le dit immeuble. — Si un objet a été tout à la fois hypothéqué dans ces conditions et donné en nantissement pour sûreté d'une autre créance, le créancier gagiste doit être préféré, à moins qu'au moment de la constitution du gage il n'ait connu ou dû connaître, d'après les circonstances, l'existence de l'hypothèque* (al. 1 et 2). Il s'agit ici de ce que la loi française (art. 522 et s.) désigne sous le nom « d'immeubles par destination », ou des *Pertinenzen* du droit allemand. Et l'art. 211 al. 3 ajoute: *Il appartient à la législation cantonale de déterminer ce qui doit être considéré comme accessoire d'un immeuble.* Cette dernière disposition légale ne se rapporte qu'au gage ; dans les autres matières, le droit des cantons est abrogé quant à la distinction des biens, en ce sens qu'il n'est plus de son ressort de déterminer ce qui est meuble ou immeuble et de délimiter ainsi le champ d'application du C. O. (voir nº 246). Il est inutile de faire observer que les meubles qui ne peuvent être considérés comme les accessoires d'un immeuble sont, même en ce qui concerne le gage, exclusivement régis par notre loi[1].

Et maintenant, dans l'hypothèse de l'art. 211 al. 2, le créancier gagiste a-t-il l'obligation de se renseigner, de consulter les registres hypothécaires, pour sauvegarder son droit de préférence ? Il faut distinguer. S'il n'a pas ignoré que l'immeuble qui lui était donné en gage était ou devait être un immeuble par la détermination de la loi, il est tenu de se convaincre avant tout de l'absence d'inscriptions sur l'immeuble dont cet objet est l'accessoire ; s'il ne le fait pas et s'il se révèle plus tard qu'il y avait inscription prise, il n'est pas préféré au créancier hypothécaire, comme aussi d'ailleurs s'il avait constaté des charges inscrites avant le nantissement. Si, au

[1] *A. T. F.* XV, 139. Cfr. *ibid.*, XXIV[2], 440, XXIX[2], 483 et s., et voir *Motifs*, 451 et s., ainsi que les art. 638 et 639 du projet de C. civ. suisse (1904), l'art. 404 du C. civ. frib., l'art. 329 du C. civ. vaud., etc.

contraire, il ne sait ni ne doit savoir que l'objet en question est un meuble immobilisé par la loi, il suffit que les droits hypothécaires du créancier, antérieurs ou postérieurs aux siens, lui soient inconnus et il n'a pas de recherches à faire.

§ 2. *A l'égard des titres endossables (lettres de change, etc.) et des créances.*

266. Les conditions de *forme* requises pour la constitution du gage sont différentes, suivant la nature de la créance engagée. Voici une première espèce, celle de l'art. 214 : *Le gage qui a pour objet des effets de change* (cfr. art. 722, 825) *ou autres titres transmissibles par endossement* (cfr. art. 637, al. 3, 830, 838, 839, 843 et s. ; voir aussi l'art. 212), *n'est constitué que par la remise du titre endossé au créancier gagiste,* — ou à son représentant. Les *titres endossables* sont essentiellement caractérisés par le fait que, dès l'origine, le débiteur promet de payer au créancier y désigné, ou, à son ordre, à tout porteur légitimé par un endossement ; mais notre Code n'admet l'endossabilité légale d'un titre en l'absence d'une prescription expresse du contraire, qu'en matière de lettres de change (art. 727) et d'*actions nominatives* (art. 637, al. 2 et 3[1]).

Le gage n'est constitué, dans le cas de l'art. 214, que par l'endossement, qui peut être opéré soit en blanc, soit en faveur d'une personne déterminée (art. 727 et s.); il ne peut l'être d'une autre manière, en particulier suivant le mode établi à l'art. 215 pour les autres créances[2]. On sait, au surplus, que la propriété des titres susvisés se transmet elle-même par le seul endossement, si bien que les formes pour le transfert de la propriété et la constitution du gage sont les mêmes. Il sera dès lors assez difficile, dans bien des circonstances, de savoir exactement ce que les parties ont voulu. Dans le doute, on devra décider qu'il y a eu transfert de propriété, et non engagement. Au reste, le créancier gagiste auquel un de ces titres aurait été endossé en garantie, sans que l'endossement fût causé, en transmettrait valablement la propriété, sauf le recours de son débiteur. Pour marquer l'intention de n'établir qu'un droit de gage sur l'effet, on ajoutera à l'endossement les mots : *valeur en garantie*, ou toute autre expression équivalente. Cet endossement est appelé l'*endossement de garantie* ou *pignoratif.*

267. Pour l'engagement de *toutes les autres créances*, même

[1] *R. j. f.* VI, 116 (*R. j.* V, 308 et s.). — Les *actions nominatives*, dont l'endossement n'est pas permis, ne peuvent sans doute être engagées que conformément à l'art. 215.

[2] *A. T. F.* XX, 922 ; cfr. cependant, *H. E.* VI, 127.

des *polices d'assurance* stipulées payables au porteur [1], car elles ne constituent jamais des titres au porteur proprement dits, — non point des *créances hypothécaires* [2], quoique le Code fédéral n'en ait pas expressément réservé la mise en gage au droit des cantons mais qui ne sont pas régies, même à ce point de vue, par notre loi, — pour toutes les autres créances, l'art. 215 dispose : *Le gage qui a pour objet une autre créance est constitué seulement lorsque le débiteur a été avisé que le titre de la créance, s'il en existe un, a été remis au créancier gagiste* [3], *et que l'engagement a été constaté par écrit*. La réunion de ces trois conditions est de rigueur [4], aussi bien entre parties qu'à l'égard des tiers, car la loi ne distingue pas. Nous allons les reprendre en détail :

1° *L'engagement doit être constaté par écrit*, dans la forme des actes authentiques ou sous seing privé, peu importe, pourvu qu'il soit satisfait à l'art. 12. Une simple lettre du débiteur, ou toute autre déclaration d'engagement signée par lui, ne suffirait cependant que si la désignation de la créance donnée en gage y figurait. Le Tribunal fédéral [5] a reconnu que le fait de manifester par lettre l'intention de remplacer « dans quelque temps » des titres primitivement remis en garantie par le débiteur et appartenant à un tiers, par « une obligation hypothécaire de bonne valeur », n'avait d'autre sens que celui d'une promesse vague, soit quant à son objet, soit quant à l'époque de son accomplissement, et dans laquelle il était impossible de voir la « constatation par écrit » exigée à l'art. 215. Une reconnaissance du créancier gagiste établissant que tel ou tel titre de créance lui a été donné en gage par le débiteur ou par un tiers, répondrait-elle au vœu de l'article précité ? Nous ne le croyons pas, la loi demandant que « *l'engagement* soit constaté par écrit », c'est-à-dire la volonté de remettre en gage, et c'est cette déclaration de volonté qui doit être signée par son auteur en vertu de l'art. 12 C. O. C'est uniquement à ce titre et dans ce but que la forme écrite est obligatoire, afin d'empêcher la fraude.

2° *Le titre de créance, s'il en existe un, doit être remis au créancier*. Mais s'il n'existe pas de titre ? La créance n'en pourra

[1] *R. j. f.* IX, 22 ; cfr. *A. T. F.* XXVII², 193 et s., 527 et s. (même solution pour des bons de participation, — *Antheilsscheine*).

[2] *Contra*, *R. j. f.* VIII, 153. *Zeitsch. des bern. J. V.* XXIII, 414 (M. le prof. Zeerleder). *Haberstich* I, 311. — Voir *Schneider et Fick*, 190, *Zeitsch. für schw. R.* VI, n. s. 447 (M. le prof. Heussler), 368. *R. j. f.* VII, 148. *A. T. F.* XIX, 552 (cfr. cependant, *ibid.*, XI, 381 et s.).

[3] *A. T. F.* XVII, 511 (le dépôt même officiel du titre n'équivaut pas à sa remise au créancier).

[4] *A. T. F.* XI, 381 et s., XII, 304, XXV², 326 et s., XXVII², 193 et s. *R. j. f.* IV. 172, 174 et s.

[5] *A. T. F.* XI, 382.

pas moins être donnée en gage, et le « titre » se confondra avec l'acte écrit nécessaire à la validité de l'engagement. Prohiber le gage des créances non constatées par titre serait nuire au crédit et forcer le texte de l'art. 215, qui l'admet plutôt implicitement[1].

3° *Le débiteur de la créance engagée doit être avisé*[2]. Cette condition, qu'il était peut-être excessif d'ajouter aux autres (cfr. art. 884 et s., du projet de Code civil suisse de 1904) est aussi indispensable que celles-ci, et la connaissance, obtenue fortuitement, ou d'une autre manière que celle prévue par la loi, ne saurait suppléer l'avis formel imposé par l'art. 215. Son utilité, n'est, au demeurant, pas discutable, puisqu'il a pour but et pour effet d'empêcher le débiteur de la créance d'opérer aucun paiement au préjudice du créancier gagiste[3]. D'après le Code fédéral, l'avis peut se faire verbalement ou par écrit, tandis qu'en droit français il fallait une signification, qui servait à porter le nantissement à la connaissance des tiers et à déterminer l'ordre de préférence à établir entre le créancier gagiste et ceux qui auraient acquis d'autres droits sur la créance. Lorsqu'une même créance aura été à la fois cédée et engagée, on préférera, du cessionnaire ou du créancier gagiste, celui qui se sera le premier mis en règle avec la loi, d'après l'art. 184 al. 2, ou l'art. 215.

268. La question suivante, que nous pouvons exposer brièvement à cette place, n'est pas sans importance : Quelles *exceptions* le *débiteur de la créance engagée* est-il en droit d'opposer au créancier gagiste ? Celles-là seulement qui lui appartenaient le jour où il a été avisé de l'engagement, mais non point celles qui lui adviendraient plus tard, parce que, dès la dite époque, le droit de gage affecte la créance remise en nantissement et que ce droit ne peut plus être amoindri ou détruit au gré du débiteur de la créance. En particulier, ce dernier ne peut opposer l'exception de compensation, que pour autant qu'il aurait pu la soulever déjà avant l'avis dont parle l'art. 215[4].

§ 3. *Disposition commune.*

269. L'art. 217 nous dit : *La même chose ou la même créance peut être donnée en gage à un second créancier, à condition que le premier créancier nanti en reçoive avis* (verbalement, ou par écrit) *et soit invité à remettre le gage, après le paiement de sa*

[1] *A. T. F.* XVII, 511 ; cfr. projet de C. civ. suisse (1904), art. 885.
[2] *A. T. F.* XII, 304. *H. E.* VIII, 367.
[3] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXII, 83.
[4] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXV, 1 et s.

propre créance, à ce second créancier et non au débiteur (cfr. art. 151, al. 2, de la loi féd. sur la poursuite pour dettes). Comme en matière d'hypothèque, on peut avoir des gages en premier, deuxième, troisième rang. L'art. 217 ne sera pas d'une application bien facile pour les effets de change et autres titres endossables : ils ont passé aux mains du créancier gagiste par un endossement, le débiteur qui les a engagés ne les détient plus et, partant, n'a plus la faculté, pour les réengager, d'ajouter au premier un nouvel endossement pignoratif. Mais on doit envisager comme suffisant un acte constitutif du gage renfermant la copie du titre, l'avis au créancier précédent ayant d'ailleurs été donné. Pour les titres de l'art. 209, il faudrait, outre l'avis au créancier gagiste de rang antérieur, une mention du gage constitué en première ligne sur le titre lui-même (cfr. art. 212).

En principe, le créancier gagiste en second rang n'a pas que le droit de s'assurer la possession du gage, après l'acquittement de la créance préférée à la sienne. Si le gage est réalisé, il sera colloqué, après le créancier en premier rang, mais avant tous autres créanciers du débiteur, sur le prix de vente du gage. Il peut aussi détenir le gage en son propre nom et comme représentant du créancier en premier rang. Il peut enfin désintéresser ce dernier, dans les hypothèses des art. 107 et 126 chif. 2, et ensuite exiger la remise du gage. N'oublions pas que le créancier en premier rang qui, dûment avisé et invité, délivrerait le gage au débiteur et non au créancier gagiste en rang subséquent, s'exposerait à devoir réparer tout le dommage causé par sa faute.

Consulter en outre les art. 151 et s. L. P.

SECTION TROISIÈME

Des effets du gage.

270. L'effet essentiel du gage est d'assurer au créancier gagiste le paiement intégral de sa créance, si la valeur du gage, déduction faite des frais de réalisation, est supérieure ou égale au montant de ce qui lui est dû. Le créancier gagiste jouit donc d'un privilège qui, comme le porte l'art. 219, al. 1, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes, lui permet d'être « colloqué par préférence sur le produit des gages ». Mais nous sommes obligé d'entrer dans quelques détails.

§ 1. *Entre parties.*

271. *Droits du créancier gagiste.* Il a d'abord un droit de rétention, qui est et demeurerait indivisible malgré la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur. C'est ce que dit l'art. 221: *Le créancier gagiste n'est pas tenu de restituer tout ou partie du gage, tant que la créance garantie ne lui a pas été payée intégralement,* — en capital et accessoires, et si minime que puisse être le solde. Ce droit de rétention a un caractère éminemment réel et il est opposable aux tiers comme au débiteur lui-même. Le créancier gagiste ne peut, au reste, se prévaloir du droit de rétention que lorsqu'il a en même temps le droit au privilège, car nous savons que le contrat de gage n'est parfait qu'au moment où toutes les conditions légales sont accomplies, et cela aussi bien à l'égard des tiers qu'entre parties, et réciproquement. En particulier, le créancier gagiste qui, dans le cas de l'art. 215, aurait reçu de son débiteur une créance en nantissement, dont le droit de gage résulterait d'un acte écrit mais qui n'aurait point donné l'avis prévu à l'art. 215, n'aurait ni privilège, ni droit de rétention; il ne pourrait prétendre à un droit de rétention que s'il se trouvait dans la situation de pouvoir invoquer l'art. 224.

Nous avons déjà parlé du privilège qui appartient au créancier gagiste en même temps que son droit de rétention. Si cependant il est autorisé, de par son privilège, à faire vendre le gage à défaut de paiement à l'échéance, et à se faire colloquer sur le prix de vente par préférence aux autres créanciers, — en cas d'insuffisance de son gage, il est bien entendu qu'il peut se faire payer sur l'ensemble des biens du débiteur[1], — il ne devient pas propriétaire du gage par la seule demeure du débiteur. Il est d'intérêt général et d'ordre public qu'on ne puisse spéculer sur la gêne d'une personne, en lui imposant des conditions aussi onéreuses que l'abandon du gage, faute de se libérer au temps convenu. En général, le gage aura une valeur supérieure à celle de la dette garantie, et autoriser de semblables conventions n'eût rien signifié autre chose qu'une prime établie en faveur d'industriels plus intéressés qu'intéressants. Déjà en droit romain, le *pacte commissoire* était prohibé à peine de nullité; et notre art. 222 prescrit: *Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, en cas de non paiement, est nulle.* Les clauses visées par ce texte sont entre autres: celle portant, qu'à défaut de paiement à l'échéance, le gage restera au créancier à titre de paiement; celle qui lui conférerait la propriété du gage d'après une estimation faite au moment du contrat, ou qui lui attribuerait

[1] *A. T. F.* XII, 548.

le prix de vente, même supérieur à la somme garantie; celle qui lui permettrait de vendre le gage à l'amiable[1], car la vente aux enchères seule protège suffisamment le débiteur; celle en vertu de laquelle et pour éluder la défense de l'art. 222, le créancier se ferait vendre une chose, sous réserve d'un droit de rachat jusqu'à l'échéance du prêt, etc. Le créancier qui agirait au mépris de l'article précité et disposerait du gage après l'échéance de la dette, répondrait de tout le dommage occasionné au débiteur et serait notamment tenu de restituer la plus-value du gage sur la créance[2]. Mais, une fois la dette devenue exigible, notre texte ne met aucun obstacle à ce que le débiteur abandonne le gage au créancier à titre de paiement; c'est aussi la doctrine prédominante en France, où l'on déclare même valable la vente du gage faite sans fraude au créancier après et même avant l'échéance de la dette, mais postérieurement au contrat[3].

Le plus souvent, le pacte commissoire ne sera qu'une convention usuraire et les lois cantonales répressives de l'usure (cfr. art. 83, al. 2) pourront être combinées avec l'art. 222 pour empêcher toute spoliation du débiteur.

Le créancier gagiste a certainement le droit, bien que la loi n'en parle point, d'exiger du débiteur le *remboursement des dépenses* faites pour la conservation du gage, dans la même mesure sans doute que le gérant d'affaires (cfr. art. 471), car l'art. 220 lui impose à peu près les mêmes obligations qu'à ce dernier; ce n'est pas la législation cantonale qui est déterminante sur ce point.

Il a encore, dans une circonstance particulière, le droit de s'attribuer les *fruits* de la chose engagée (voir nº 272). Les fruits appartiennent bien en principe au débiteur, qui reste propriétaire du gage, sauf qu'ils sont affectés, en qualité d'accessoires de la chose, en faveur du créancier gagiste qui les a perçus (voir nº 272). En droit français, cette règle souffrait une exception, en ce que si le gage était d'une créance, le créancier en imputait les intérêts sur ceux à lui dus, ou sur le capital de la dette si le prêt avait été fait sans stipulation d'intérêts. L'art. 216 de notre Code dit à ce sujet: *Si la créance donnée en gage porte intérêts, le créancier gagiste n'a, sauf stipulation expresse, de droit que sur les intérêts courants* (cfr. art. 190). — *La même règle s'applique à tous les autres produits périodiques (dividendes) de la chose engagée* (al. 1 et 2). Ainsi les intérêts échus à l'époque de la réalisation du gage for-

[1] *A. T. F.* XXIV², 440 et s. (dans cet arrêt, le T. F. a décidé cependant que l'art. 222 ne prohibait pas une convention permettant de réaliser le gage à l'amiable, sans poursuites); voir nº 275, chif. 1, litt. *c*.

[2] *R. j. f.* V, 100.

[3] *Baudry-Lacantinerie et de Loynes*, Traité de droit civil, — Du nantissement, des privilèges, etc., I, 101.

ment des créances distinctes auxquelles le droit de gage ne s'étend pas, à moins d'une « stipulation expresse » du contraire (le mot « expresse » ne figure pas dans le texte allemand). Les intérêts courants, seuls envisagés ici comme accessoires de la dette, sont donc ceux qui ne sont pas échus au moment de la réalisation, et le débiteur de la créance engagée peut acquitter les intérêts entre les mains de son créancier à lui, s'il n'est pas avisé de l'existence d'une « stipulation expresse » dans le sens de l'art. 216, al 1.

Mais l'art. 216 al. 3 ajoute : *Par exception, le droit du créancier gagiste s'étend aux intérêts et autres produits périodiques, lorsqu'ils sont représentés par des coupons susceptibles d'être détachés du titre principal et qui lui ont été cependant remis en même temps que le titre lui-même ; mais, sauf convention contraire, les coupons doivent être délivrés au débiteur au fur et à mesure de leur échéance.* Cette disposition, introduite dans la loi par les Chambres fédérales, vise les coupons d'intérêts et de dividendes (cfr. art. 849 et s.) que l'on peut détacher du titre de créance. Seulement, on ne comprend pas bien, tout d'abord, comment il se fait que ces coupons, qui rentrent dans l'objet du gage, « doivent être délivrés » au débiteur. MM. Schneider et Fick expliquent ainsi cette singularité, au moins apparente : les coupons sont un accessoire du gage aussi longtemps qu'ils restent entre les mains du créancier, mais, dès que l'un d'entre eux est échu, le débiteur est autorisé à le réclamer et le gage prend fin *ipso facto,* quant au coupon, par sa restitution. Le créancier n'a, en conséquence, qu'un droit de gage limité sur les coupons ; au moment de la réalisation, le droit de gage n'affectera que les coupons à échoir et les coupons échus que le débiteur n'aura pas réclamés, car ces derniers n'appartiennent au débiteur que lorsqu'il en a recouvré la possession, ou encore lorsqu'il les a réclamés, même amiablement, avant toutes poursuites, et que le créancier lui en a refusé la délivrance sans motifs légitimes. Le système français, d'après lequel le créancier touche les intérêts sous réserve d'imputation, est de beaucoup préférable à celui de notre loi. Et puis, il est conforme à l'intention probable des parties.

271 *bis. Ses obligations.* Quelques-unes d'entre elles ne sont point déterminées par la loi ; le créancier est tenu, en particulier, après paiement intégral, de restituer le gage, mais il ne peut, comme en droit français, être condamné à restituer, avant le paiement de la dette, parce qu'il se servirait du gage sans autorisation du débiteur ou en ferait un usage abusif (art. 2082 C. civ. fr.) ; cfr. art. 220.

L'art. 218 est une application du principe que le gage primitif, pas plus qu'un engagement ultérieur *(subpignus),* ne peut exister sans nantissement de la chose en faveur du créancier gagiste ou sous-gagiste. Or c'est assurément le propriétaire du gage, soit en

général le débiteur, qui a seul la faculté de constituer valablement un arrière-gage. Aussi bien, notre art. 218 enseigne que: *Le créancier gagiste ne peut engager la chose dont il est nanti qu'avec le consentement de celui qui la lui a remise en gage.* Ceci est tout naturel, puisqu'il ne saurait dépendre de la volonté du créancier gagiste, simple possesseur précaire, surtout quand le gage a une valeur bien supérieure à celle de la somme garantie, d'en nantir un de ses créanciers à lui, qui pourrait absorber la valeur totale du gage, si bien qu'il ne resterait au débiteur qu'un droit de recours, peut-être illusoire, contre son créancier pour la différence entre le montant de la dette et le prix de la chose engagée. Mais quelle est la sanction de cet article? Le créancier gagiste qui contrevient à la disposition légale ci-dessus est exposé aux conséquences de l'art. 220 al. 2, sous réserve de poursuites pénales en abus de confiance: *S'il a, de son chef, aliéné ou engagé la chose dont il était nanti, il répond de la valeur intégrale de cette chose, sans préjudice de plus amples dommages et intérêts, s'il y a lieu.* S'il réengage du consentement de son débiteur, la situation du nouveau créancier gagiste est la même que si ce dernier, en l'absence de ce consentement, eût été de bonne foi; il acquiert valablement un droit de gage, comme l'acquéreur de bonne foi un droit de propriété sur la chose aliénée *a non domino* (cfr. art. 213); mais il faut admettre qu'il ne pourra exercer ses droits sur la *res subpignorata* que jusqu'à concurrence du montant de la créance originairement garantie, du moins s'il sait ou doit savoir que le gage n'est pas la propriété de son débiteur et avait été remis en nantissement à celui-ci. Il va sans dire d'ailleurs qu'une créance *hypothécaire* peut être engagée sans le consentement du débiteur propriétaire des immeubles grevés, la loi ne demandant que celui du propriétaire de la créance.

Le créancier gagiste est, dans une certaine mesure, pendant la durée du gage, un gérant de la chose engagée. De là l'art. 220 al. 1: *Le créancier gagiste répond du dommage résultant de la perte ou de la détérioration du gage, à moins qu'il ne prouve que ce dommage ne lui est pas imputable*[1]. Il doit apporter à la conservation de la chose la diligence d'un bon père de famille; il est responsable des suites de sa négligence et de sa faute, et la preuve des cas fortuits lui incombe.

272. *Droits et obligations du débiteur.* Le débiteur doit, nous l'avons dit, les impenses utiles et nécessaires. Il a droit, en revanche, aux intérêts échus de la créance engagée, dans les termes de

[1] *A. T. F.* XXIII. 697 (l'art. 220 n'est pas applicable à l'engagement des créances: du moins, le créancier-gagiste n'est tenu que des obligations résultant pour lui de la détention du titre, — ainsi de la perte du titre, du défaut de production, etc., mais non de la dépréciation du titre).

l'art. 216. Quant aux fruits des meubles corporels remis en nantissement. le créancier les perçoit, quitte à les imputer sur les intérêts ; et il en serait de même des produits périodiques des meubles incorporels, pour autant que le débiteur n'aurait pas le droit ou renoncerait au droit de les percevoir.

§ 2. *A l'égard des tiers.*

273. Le gage étant un droit réel opposable aux tiers, le gagiste est protégé de la même manière que le possesseur, celui-là quant à son droit de gage, celui-ci quant à son droit de propriété. Mais ceci ne s'entend que du gage sur des meubles corporels et titres au porteur autres que ceux de l'art. 208. Voici ce que renferme, sur le point qui nous arrête, l'art. 213[1] : *Lorsque des meubles corporels ou des titres au porteur ont été constitués en gage par une personne qui n'avait pas le droit d'en disposer à cet effet, le créancier gagiste de bonne foi n'en acquiert pas moins son droit sur la chose, sauf les dispositions de l'article 206,* — qui donnent une action en revendication des choses perdues ou volées. En ce qui concernè la revendication des *créances* et en général des droits, comme ceux de l'art. 212, dont la propriété peut être vérifiée, nous savons que l'acquéreur n'est pas au bénéfice de la règle : en fait de meubles possession vaut titre. Celui qui reçoit une créance en gage doit rechercher si l'auteur du gage en est bien le titulaire ; s'il néglige de procéder à cette vérification, ou s'il n'y procède qu'à la légère, et qu'il traite avec un autre que le propriétaire, il ne peut se réclamer de la protection spéciale établie aux art. 205 et 213. Mais le créancier qui a obtenu le nantissement d'une créance peut être victime de son débiteur, celui-ci peut l'avoir trouvée, volée, et la donner comme lui appartenant. Qu'arrive-t-il alors ? Le Code fédéral n'a attaché une présomption légale de propriété à la possession, en matière de gage, que pour les meubles corporels et titres au porteur de l'art. 213 ; et, du reste, dans une pareille hypothèse, le créancier gagiste serait soumis à l'action en revendication, même d'après l'art. 206. Pour s'assurer contre l'éventualité d'une revendication, celui qui reçoit en gage une créance n'a qu'un moyen : c'est de vérifier si l'auteur de l'engagement et le véritable propriétaire sont une seule et même personne.

274. Notons encore que, dans l'espèce de l'art. 213, les droits du véritable propriétaire, ou d'autres droits réels, ne sont pas éteints par suite de l'existence du gage ; ceux du créancier gagiste leur sont

[1] *A. T. F.* XI, 67, XVII, 284.

seulement préférés et, à l'échéance, par exemple, le propriétaire pourra rentrer en possession de son bien en acquittant la dette garantie, — sauf encore à le revendiquer, si le bien avait été perdu ou volé, sans ou avec remboursement de la créance, suivant que l'auteur du gage aura ou n'aura pas dû, d'après les circonstances, être envisagé comme propriétaire de la chose engagée. Sur ce dernier point, la fin de l'art. 206, auquel renvoie purement et simplement l'art. 213, s'appliquera difficilement au gage qu'on n'acquiert guère « dans un marché ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles ». Ce renvoi est certes insuffisant, mais comme on doit toujours supposer un sens raisonnable à un texte de loi, nous interpréterions ainsi l'art. 213 *in fine :* si le créancier a su que l'auteur de l'engagement n'était pas propriétaire du gage, il sera de mauvaise foi et sera placé sous le coup de l'art. 207 ; si, ne l'ayant pas su, il devait néanmoins le savoir, d'après les circonstances, et que la chose ait été perdue ou volée, il subira la revendication sans indemnité ; s'il ne l'a ni su ni pu savoir, le revendiquant lui remboursera le montant de la créance garantie. Il n'est pas permis, selon nous, de dire que le créancier gagiste de bonne foi doit toujours restituer, sans indemnité, l'objet remis en gage, à moins qu'il ne l'ait reçu « d'un marchand vendant des choses pareilles » ; on restreint par trop ainsi la portée des mots : « sauf les dispositions de l'art. 206 », applicables dans leur lettre et leur esprit.

SECTION QUATRIÈME

De l'extinction du gage.

275. Le gage n'étant qu'un accessoire de l'obligation principale, s'éteint avec celle-ci, par suite de paiement, confusion, novation, etc. Il prend fin, d'autre part :

1° *A l'égard du débiteur et des tiers :*

a) Par la *renonciation* du créancier *(remissio pignoris) ;*

b) Par la *destruction* totale de la chose remise en nantissement ;

c) Par la *réalisation*, dont la procédure est réglée en Suisse par les art. 151 et s. L. P. L'art. 223 ajoute, à ce propos : *La réalisation du gage est régie par la loi du lieu où la chose se trouve*, — au moment de la réalisation. Mais le créancier a le droit de l'emporter avec lui, en cas de changement de domicile ; il ne pourrait

cependant, sans s'exposer à des dommages et intérêts, transporter de mauvaise foi la chose dans un lieu où sa réalisation s'opérerait dans des conditions nécessairement défavorables. Les parties peuvent, au demeurant, convenir d'une réalisation amiable, en tant que des droits appartenant à des tiers n'y mettent pas obstacle (*sic*. Hafner, p. 103[1]). Et si le gage (même solution pour le droit de rétention) portait sur des titres nominatifs, le débiteur ou, en son lieu et place, le préposé ou l'office des faillites devrait coopérer à la réalisation en dressant un acte de cession ou en endossant, si les titres étaient à ordre et n'avaient pas été endossés, comme le dit expressément l'art. 883, alin. 2, du projet de Code civil suisse de 1904.

d) Par le *paiement* et les autres causes d'extinction de la dette garantie.

2° *A l'égard des tiers*, seulement, le gage s'éteindra en outre par la *perte de la possession* dans le cas de l'art. 219 : *Le créancier gagiste perd son privilège, tant qu'il consent à laisser la chose entre les mains de celui qui a constitué le gage*. Ceci rend assez mal le texte allemand, dont voici l'équivalent en français : « Le droit de gage cesse de produire ses effets, aussi longtemps que la chose reste, du consentement du créancier, entre les mains de l'auteur du gage ». Il n'y a, dans cette espèce, pas extinction complète, mais uniquement suspension des effets du gage, qui renaîtront dès que le créancier aura recouvré la possession. La loi résout la question, lorsque le créancier gagiste a renoncé de son plein gré à la détention au profit de l'auteur du gage : A. remet à B. une créance en nantissement pour garantir un prêt de 1000 fr. ; A. veut poursuivre son débiteur, et B., pour lui permettre de faire les démarches nécessaires, se dessaisit ; puis A. tombe en faillite, B. ne pourra plus exercer son droit de gage sur la créance dont il n'est plus nanti. Mais si A. dépossède B. de son gage, à l'insu et sans l'autorisation de ce dernier ? S'il le lui a frauduleusement soustrait et qu'il vienne à être déclaré en état de faillite ? Le droit de gage cesse-t-il encore de produre ses effets, à raison de la dépossession du créancier ? La solution de ce point est délicate. Nous croyons que le mieux est d'interpréter littéralement l'art. 219 et de décider que le créancier ne perd ses droits si la chose a passé de nouveau en mains de l'auteur du gage, que dans l'hypothèse d'un dessaisissement *volontaire* de sa part.

---

[1] Voir aussi *A. T. F.* XXIV[2], 440 et s.

CHAPITRE IV

Du droit de rétention[1].

SECTION PREMIÈRE

Historique et généralités.

276. Celui qui, en droit romain, est astreint à délivrer ou restituer une chose dont il a encore la détention ou la possession, peut la retenir aussi longtemps que le créancier n'a pas, de son côté, rempli ses obligations, s'il y a connexité entre cette chose et ces obligations et si d'ailleurs la chose n'est détenue ou possédée *nec clam, nec vi, nec precario*. On faisait valoir ce droit de rétention au moyen de l'*exceptio doli* contre le créancier, par exemple, en matière d'impenses dues au dépositaire, de dommage causé par la chose, etc.

Le droit français n'a pas réglementé le droit de rétention, quoiqu'il le reconnaisse expressément dans les art. 1612, 1948, 2073 du Code civil (voir aussi art. 867, 1613, 1673, 1749, 2280). La jurisprudence et la doctrine ne sont pas d'accord sur la nature du droit de rétention. D'après les uns, c'est un droit personnel ne produisant d'effet qu'entre le créancier et le débiteur; il est, suivant d'autres, opposable aux tiers, et c'est cette dernière opinion qui a fini par l'emporter.

Le C. com. allem. n'admet le droit de rétention que pour des créances d'un négociant contre un autre négociant, à raison de leurs opérations commerciales; cfr. C. civ. al., art. 273 et s. Notre Code applique la notion du *jus retinendi* à une quantité de rapports juridiques autres que ceux qui naissent entre négociants.

277. Le droit de rétention a son origine dans les besoins mêmes du commerce; il est, à d'autres égards, une application exten-

[1] *Haberstich*, I, 316 et s. *Jacottet*, 157 et s. *Schneider et Fick*, 375 et s. *Hafner*, 103 et s. *Mess.*, 54. *Rap. soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 17, 79 et s. *Munzinger*, Motifs, 240. *H. Strœuli: Das Retentionsrecht nach schw. O. R.*, Zurich, in-8°, 1885. *Motifs*, 658 et s. *Zeitsch. des bern. J. V.*, XXVII, 516 et s.

sive du principe de la compensation, qui peut s'opérer désormais non plus seulement entre deux créances, mais entre une chose et une créance. Le Code fédéral ne faisant plus de distinction entre commerçants et non commerçants, il y avait déjà là un motif pour lui de ne pas le restreindre aux seules affaires entre négociants. Il est vrai de dire que cette espèce de droit de gage tacite (cfr. art. 37 L. P.), qui existe en l'absence de toutes formes, ne laissera pas, dans bien des cas, de favoriser la fraude. Mais le juge n'est point désarmé : on verra tout à l'heure qu'une connexité doit exister entre la créance et la chose retenue ; or la question de connexité est une question de bonne foi, et les tribunaux se refuseront à admettre un droit de rétention toutes les fois que la connexité ne reposera pas sur une cause réelle, — qu'il y aura *mala fides*. Et, notamment, un droit de gage irrégulier, et qui ne serait pas valable comme tel, ne saurait être invoqué comme droit de rétention[1].

Dans le système de notre Code, le droit de rétention est le droit de conserver une chose, qu'on aurait sans cela l'obligation de rendre, jusqu'à entier acquittement d'une créance née de la possession ou de la détention de la chose elle-même (cfr. cependant art. 224, al. 2), — ou, si l'on préfère, de compenser cette chose avec cette créance, jusqu'à due concurrence. Il confère au créancier une sorte de gage tacite, avons-nous dit, indivisible comme le gage et réalisable comme lui (cfr. toutefois art. 228). Il importe peu, au demeurant, que la rétention de la chose résulte d'un contrat ou d'une autre cause.

Nous savons, qu'en droit romain, l'exception de dol était en général le moyen auquel on recourait pour opposer un droit de rétention. En effet, le propriétaire de la chose qui refusait de payer les impenses, de réparer le dommage déterminé par elle, agissait frauduleusement. Aujourd'hui encore, dans toutes les circonstances où le droit de rétention existe légalement, on peut considérer que le propriétaire qui réclame sa chose est de mauvaise foi, s'il ne consent pas à payer ce qu'il doit à raison de cette chose. Mais le détenteur n'a pas seulement une exception pour faire valoir son droit ; il peut fort bien le réaliser, de sa propre initiative, en conformité de l'art. 228. Les Romains lui attribuaient un caractère purement personnel ; notre loi le considère comme un *droit réel* au premier chef, opposable aux tiers, et assimile dès lors l'ancien droit de rétention au gage légal.

278. Le *droit de gage* et le *droit de rétention* ne se confondent nullement d'ailleurs : on peut même faire valoir l'un et l'autre séparément dans une faillite, car ils diffèrent aussi bien quant à leurs

[1] *Hafner*, 150 : cfr. *A. T. F.* XX, 1096 et s.

éléments constitutifs que quant à leurs effets[1]. C'est ce que nous allons essayer d'établir brièvement :

1° Le droit de gage repose essentiellement sur la convention, le droit de rétention sur la loi (voir cependant n° 279).

2° Le droit de gage, du moins lorsqu'il porte sur d'autres biens que sur des meubles corporels ou des titres au porteur, ne peut être établi que par écrit (art. 214, 215). Le droit de rétention existe indépendamment de toute forme, *de lege*, pourvu qu'il satisfasse aux conditions purement matérielles de l'art. 224.

3° Le droit de rétention prend fin lorsque le créancier a reçu une garantie suffisante (cfr. art. 228). Il n'en est pas ainsi du droit de gage.

4° Le droit de rétention, en cas de conflit, s'exerce, en principe, *préférablement* au droit de gage, même quand il est né après celui-ci[2]. On ne peut guère imaginer de conflit qu'entre le droit de rétention et le gage judiciaire, ou encore le gage dont l'objet aurait été confié à la garde d'un tiers, ce tiers pouvant prétendre à un droit de rétention, pour impenses, par exemple. Ces cas exceptés, il est impossible de concevoir un droit de gage et de rétention affectant la même chose, puisque la possession par le créancier est la condition de l'existence de l'un et de l'autre de ces droits[3].

5° Le droit de gage peut être *cédé*. Qu'en est-il du droit de rétention ? M. Haberstich soutient qu'il est incessible. Cette opinion nous paraît erronée. Aux termes de l'art. 190, les privilèges et autres droits accessoires d'une créance, pour autant qu'ils ne sont pas exclusivement attachés à la personne du cédant, passent au cessionnaire comme la créance elle-même. Or le droit de rétention n'est pas « exclusivement attaché à la personne du cédant » ; c'est un droit réel, transmissible comme un autre et susceptible d'être valablement cédé, pourvu qu'il satisfasse, entre les mains du cessionnaire, aux conditions de la loi, et qu'en particulier ce dernier ait les choses retenues à sa disposition dans le sens de l'art. 224 (cfr. art. 201. 217). Il n'y a que certains rapports juridiques, comme ceux de conjoint à conjoint, de parents à enfants, etc., ou ceux fondés sur le droit public, qui puissent engendrer des privilèges strictement personnels, et partant incessibles. Mais les rapports de créancier à débiteur, dans l'espèce de l'art. 224, ou dans celle de droits de rétention spéciaux comme celui du bailleur, ne sont point de ces rapports « personnels » visés par l'art. 190 et conférant à un droit un

[1] *A. T. F.* X, 562.

[2] *R. j. f.* I, 62, III, 47 ; cfr. cependant *A. T. F.* XXI, 1103 et s. (le droit de rétention ne prime pas le droit de gage pour des créances devenues exigibles postérieurement au nantissement).

[3] *Haberstich*, I, 321, *R. j. f.* I, 63 ; cfr. *A. T. F.* XI, 68, XIX, 379.

caractère d'incessibilité. Si l'on objecte que la chose retenue ne peut, la plupart du temps, se trouver à la disposition du cessionnaire, « du consentement du débiteur », nous répondrons que le transfert de la possession mobilière a lieu dès qu'un tiers est autorisé à détenir la chose pour le compte et par ordre de l'ayant droit (cfr. art. 201, 217)[1] : or le cédant pourra garder les choses retenues « à la disposition » du cessionnaire, et le débiteur qui a consenti originairement à les laisser à la disposition de son créancier immédiat ne saurait empêcher ensuite ce dernier de les conserver pour autrui ou même de les livrer, pourvu qu'elles ne soient conservées et livrées qu'en vue du droit de rétention existant. L'exercice du droit de rétention n'est nullement lié à la personne du créancier primitif; l'essentiel est que les choses retenues soient à disposition du consentement du débiteur, moins pour celui-là même en faveur de qui le droit est né, que pour la naissance même du droit et sa réalisation éventuelle (cfr. toutefois art. 225).

6º Le droit de gage peut être exercé sur toute la chose remise en nantissement. le droit de rétention seulement dans la mesure de ce qui est nécessaire pour désintéresser le créancier.

SECTION DEUXIÈME

De l'étendue du droit de rétention.

279. En dehors des art. 224 et s., notre loi consacre en maints endroits un *jus retinendi* dérivant de causes spécialement déterminées. On pourrait appeler *légal* ce droit de rétention, en opposition au droit de rétention *tacite* dont traite le présent chapitre et qui est fondé sur la volonté présumée des parties. Cette distinction semble faite par l'art. 224 lui-même, dont voici la teneur : *En dehors des cas prévus expressément par la loi* (cfr. art. 66, 206, 213, 294[2], 295, 297, 399, 442, 461 C. O. et art. 20 et s. de la loi féd. sur les transp. par chem. de fer ; tous ces cas de droit de rétention *ne sont pas* régis par les prescriptions des art. 224 et s. quant aux conditions générales requises pour sa formation), *le créancier jouit, lorsque sa créance est échue* (exigible, — *fällig* ; voir ad. art. 117) *d'un droit de rétention sur les biens meubles et les titres qui se trouvent à sa disposition du consentement du débiteur, pourvu qu'il y ait connexité entre la créance et la chose retenue* (al. 1).

[1] *R. j. f.* V, 98.

[2] *A. T. F.* XV, 326 (voir plus loin, ad art. 294).

Les biens sur lesquels le droit de rétention peut s'exercer sont donc : les *meubles corporels*, soit par eux-mêmes, soit par les titres qui les représentent (cfr. art. 209), et les *titres* ou papiers-valeurs (*Werthpapiere*), mais non la propre chose du créancier. Et d'abord, on ne saurait assimiler aux « biens meubles », expression à laquelle notre Code donne toujours, comme nous venons de le marquer, le sens de meubles par leur nature, les titres de créance qui ne sont meubles que par la détermination de la loi. En ce qui concerne les titres. sont-ce tous les « titres », comme pourrait le faire croire la traduction française de l'art. 224, qui sont susceptibles d'un droit de rétention, ou ceux-là seulement que le texte allemand désigne sous le nom de *Werthpapiere*, c'est-à-dire, selon le Tribunal fédéral, qui en a donné une définition arbitrairement restrictive, les *titres au porteur* et les *titres endossables*[1] des art. 720 à 858, dans lesquels le droit de créance lui-même est si inséparablement lié au titre qui le constate que, sauf un seul cas, celui de l'annulation judiciaire (cfr. par ex. art. 790 et s.), il n'a pas d'existence légale en dehors de son titre, de son instrument ? Il convient de faire observer que l'expression : *Werthpapiere* n'a pas de sens proprement technique, et que, d'après certains auteurs, Thöl entre autres, il faut comprendre par là tous les papiers ou titres qui représentent ou incorporent une valeur ; le texte français du projet de code de commerce de M. Munzinger rendait plus exactement le mot *Werthpapiere* par « papiers et valeurs » et nous inclinerions à croire que les « titres » de l'art. 224 sont bien tous les titres ci-dessus. d'autant plus que notre Code admet le droit de rétention entre non commerçants. Mais il y a lieu d'en distinguer les titres dressés dans un simple but de légitimation, tels qu'un billet de chemin de fer, un carnet de caisse d'épargne, etc., quoique, d'après la teneur de l'art. 224, ces titres aussi paraissent susceptibles d'un droit de rétention, comme d'ailleurs tous les titres incorporant le droit qu'ils constatent, même s'ils ne sont ni au porteur, ni émis à ordre ; cfr. art. 333, 430, 444, 485 qui semblent attacher au mot *Werthpapier* le sens que lui attribue le Tribunal fédéral dans l'arrêt prérappelé, mais les papiers-valeurs de ces textes ne se confondent pas avec ceux de l'art. 224, car nous n'avons pas de définition légale de ce mot.

Le droit de rétention peut aussi exister sur l'*argent*, s'il s'agit d'un dépôt ordinaire, non s'il s'agit d'un dépôt irrégulier (cfr. art. 484).

[1] *A. T. F.* X, 281. XI, 384 et s., XX, 928 (ainsi, une action nominative), XXV², 326 et s. (mais non un carnet de caisse d'épargne), XXVII², 527 et s., *R. j. f.* VI, 119, IX, 23 (une police d'assurance payable au porteur n'est pas nécessairement un titre au porteur proprement dit et un *Werthpapier*). *Zeitsch. des bern. J.* V. XXI, 211. *Staub*, 705 § 7. *Motifs*, 658 (cfr. art. 877, alin. 2, avant-projet de C. civ. suisse, de 1900), et voir nos 118 et 947 *ter*.

280. Le droit de rétention ne prend naissance que sous les conditions suivantes, qui doivent se rencontrer les unes et les autres [1], dans chaque cas particulier, et la loi ne permet pas la création de droits de rétention conventionnels ne satisfaisant pas aux exigences qu'elle formule [2] :

1° *La chose retenue doit être à la disposition du créancier* (ou de *son représentant* [3]), *et du consentement du débiteur*. Il n'est pas nécessaire que le débiteur ait consenti à l'établissement du droit de rétention ; il suffit qu'il ait consenti à laisser la chose à la « disposition » du créancier, en la faisant déposer chez lui, ou en la lui prêtant, etc. Relativement au sens du mot « disposition », on décide [4] qu'il n'est point indispensable, pour qu'un objet soit à la disposition du créancier, et puisse dès lors être retenu, qu'une remise corporelle en ait été effectuée, pourvu que le créancier ait en fait la *faculté exclusive* de disposer de la chose constituant sa garantie (remise, par exemple, en mains tierces ou en propres mains, d'un récépissé de dépôt, bulletin de chargement et autre pièce analogue). Nous rappelons ici que cette première condition *ne vise pas*, du moins dans les mêmes termes, les *droits de rétention spéciaux*, notamment celui de l'art. 294 où les meubles loués ne sont nullement à la « disposition » du bailleur, puisqu'au contraire ils restent au domicile du débiteur [5] ; nous aurons l'occasion de revenir sur ce point.

Cependant, et comme l'exprime l'art. 225 : *Le droit de rétention ne peut s'exercer au mépris des instructions données par le débiteur, soit lors de la remise de la chose, soit auparavant* (soit, ajouterons-nous, avant l'existence des conditions requises pour la formation d'un droit de rétention), *ni contrairement à l'engagement pris par le créancier de faire de la chose un usage déterminé*. Le créancier a-t-il, avant qu'un droit de rétention ait pu naître à son profit sur la chose du débiteur, reçu l'ordre de la conserver ou de l'utiliser à l'exclusion de tout droit de rétention à acquérir sur elle, en d'autres termes, ce droit est-il contraire à l'*intention formelle ou même présumable* du débiteur, la première condition à laquelle est subordonnée la naissance de ce droit, et partant, ce droit lui-même, n'existe pas. A. remet à B., son banquier, un effet de change à encaisser ; B. ne peut obtenir de droit de rétention sur ce titre qu'à raison de ses frais d'encaissement. Ou bien A. remet

[1] *A. T. F.* XII, 644.
[2] *A. T. F.* XV, 330.
[3] *A. T. F.* XII, 645, XVII, 689, XIX, 285.
[4] *A. T. F.* XI, 78 et s., 384, XII, 645, XV, 330, 376, XVII, 379, XIX, 285, 312. *R. j. f.* III, 73.
[5] *R. j. f.* III, 204, *A. T. F.* XI, 79, XV, 330.

au même des titres en dépôt, ou pour les faire parvenir à un tiers, etc. Ou encore, un agent d'assurance, qui a reconnu que le portefeuille entier de l'agence est la propriété personnelle et exclusive de la Compagnie qui seule est en droit d'en disposer, ne peut, à raison d'une indemnité à réclamer, retenir les quittances non encaissées, les registres et autres papiers de la dite agence[1]. Une question controversée est celle de savoir si le créancier peut retenir, en garantie d'une prétention née *postérieurement* au temps où la chose aurait dû être rendue. MM. Schneider et Fick se prononcent pour la négative, admise déjà en droit commun et conforme, pensons-nous, à l'esprit de l'art. 224, al. 1.

N'oublions pas d'ailleurs que si le créancier est lié par l'art. 225, le débiteur n'est plus autorisé, une fois que le droit de rétention est établi, à le rendre illusoire contre la volonté du créancier, en donnant la chose en gage ou en la vendant (cfr. art. 461).

La règle de l'art. 225 est inapplicable dans l'espèce prévue comme suit à l'art. 226, al. 2 : *Dans ce cas* (soit, lors de la faillite du débiteur ou d'une suspension de paiement), *on n'applique pas (non plus) l'article 225, en tant que la faillite ou la suspension de paiement n'a eu lieu ou n'a été connue du créancier qu'après la remise de la chose ou après l'engagement,* — « l'engagement » se rapportant ici à ce qui est exprimé à la fin de l'art. 225. En conséquence, celui qui détient une chose de son débiteur peut, même au mépris des instructions contraires de ce dernier données avant la naissance du droit de rétention, ou malgré l'engagement pris de faire de la chose un usage déterminé, exercer son droit de rétention sur cette chose, si son débiteur est tombé en faillite ou a suspendu ses paiements, ou si lui-même a eu seulement connaissance de l'un ou de l'autre de ces faits, *depuis* les instructions données ou l'engagement pris. Si ces faits avaient été connus de lui *avant*, l'art. 225 redevient applicable, car le créancier ne peut invoquer la faillite ou l'insolvabilité du débiteur pour se dispenser de restituer la chose. Ainsi A. et B., tous deux négociants (cfr. art. 224, al. 2), sont en compte-courant ; B. est redevable de 2000 fr. envers A., au 31 décembre 1904 ; plus tard, il envoie pour 5000 fr. de marchandises au même pour les revendre ou les conserver en dépôt : A. ne pourra, en thèse générale, pas exercer son droit de rétention sur ces marchandises pour sa créance de 2000 fr., puisqu'il agirait sans cela « au mépris des instructions données par le débiteur », mais bien si ce dernier tombe en faillite après l'envoi des marchandises. Ceci paraît bien étrange. On comprend que la faillite entraîne la révocation des instructions données ou de l'engagement pris ; on n'imagine pas pourquoi le créancier acquerrait par là un droit de rétention, que le débiteur n'entendait nullement lui conférer.

[1] *R. j. f.* V, 49, VI, 185 ; cfr. *A. T. F.* XII, 615, XIX, 285.

Toute cette matière est, du reste, dominée par les règles de la loyauté commerciale.

2° *Il faut que le débiteur soit propriétaire de la chose retenue*, quoique l'art. 224 ne le dise point, — sauf le cas de l'art. 227 que nous retrouverons.

3° *Il faut qu'il y ait connexité entre la créance et la chose retenue*, qu'il y ait un rapport étroit entre l'une et l'autre. Il y a connexité, en particulier, à raison des dépenses faites pour l'acquisition, l'amélioration et la conservation de la chose, comme aussi du dommage éprouvé par suite de sa détention. De nombreux arrêts ont déjà été rendus à cet égard : Ainsi l'acquéreur d'un animal atteint d'un vice rédhibitoire jouit d'un droit de rétention sur cet animal, soit pour la restitution du prix payé, soit pour les frais de fourrière[1] ; même solution pour les frais de transport, de douane, etc., de tonneaux de vin mis par l'acquéreur à la disposition du vendeur, à raison de la mauvaise qualité du vin[2]. Il y aurait encore connexité, quand A. aurait donné une montre à B. pour la réparer, à l'égard des frais de réparation ; ou, pour les frais du traitement, si A. ayant prêté à B. son cheval, celui-ci tombait malade ; de même si A., plaçant dans l'écurie de B. une vache atteinte par la surlangue ou le charbon, l'épidémie se communiquait au bétail de B., celui-ci aurait un droit de rétention sur la vache de A. pour le préjudice souffert, etc.

D'après certains auteurs, la connexité doit résulter de la *nature même des choses* ; d'autres prétendent qu'il y aura connexité toutes les fois qu'elle reposera sur la *volonté des parties*, abstraction faite d'un rapport naturel entre la chose retenue et la créance. La conséquence de cette dernière théorie serait que tout droit de gage irrégulier d'après les art. 210 et s. pourrait être invoqué comme droit de rétention. Or le législateur n'a certainement pas voulu rendre illusoires les dispositions légales précitées sur le contrat de gage, et l'on est fondé à croire qu'il a adopté la théorie suivant laquelle la connexité ne peut reposer que sur un rapport *naturel* entre la chose et la créance ; notre jurisprudence s'est unanimement prononcée en ce sens[3].

Il est vrai que l'on n'a pas de critère qui permette de décider, en principe, quand il y a ou quand il n'y a point de connexité. Tout dans ce domaine se réduit à des questions de fait, et comme nous l'avons dit déjà, de bonne foi.

Notre Code, en dérogation à la règle générale, admet que la *con-*

[1] *R. j. f.* IV, 20.

[2] *R. j. f.* II, 43. Voir encore *R. j. f.* III, 151, IV, 173 ; *H. E.* V, 143.

[3] *A. T. F.* XV, 623, XVII, 690, XX, 914 et s., XXI, 1096 et s. *R. j. f.* III, 149, 151, IV, 173, *J. d. T.* XLV, 194 (arrêt du T. F., du 23 Janvier 1897).

nexité se présume entre commerçants. L'art. 224, al. 2, porte à ce sujet : *Entre commerçants*[1], *il suffit, pour qu'il y ait connexité, que la créance et la possession de la chose résultent de leurs relations d'affaires.* Qu'est-ce qu'un « commerçant[2] » ? Toute personne qui exerce un commerce ou une industrie en la forme commerciale, et qui a l'obligation de se faire inscrire au registre du commerce, peu importe que l'inscription ait eu lieu ou non (cfr. art. 865, al. 4). Entre commerçants, tout ce qu'une personne détient du chef de son débiteur lui sert de couverture ou de garantie, s'il n'y a fraude. Mais s'il y a fraude ? L'action révocatoire pourra être intentée (loi féd. sur la pours. pour dettes, art. 285 et s.). Si les « relations d'affaires » ont cessé, s'il ne s'agit plus que du paiement ou de la garantie d'un solde résultant de comptes définitivement arrêtés entre parties, l'art. 224, al. 2, est inapplicable[3].

4° *Il faut que la créance soit exigible*[4] (non pas « échue », comme le dit le texte français). Dans l'intervalle durant lequel le droit de rétention a pu prendre naissance et au moment où il est exercé, le créancier doit avoir une créance exigible (et connexe) à faire valoir sur la chose mise à sa disposition du consentement du débiteur. Néanmoins, nous lisons à l'art. 226, al. 1 : *Si le débiteur est en faillite, ou qu'il ait suspendu ses paiements, le droit de rétention peut être exercé même pour la garantie d'une créance non échue* (ou plutôt, *non exigible*). L'un des effets de la faillite est précisément de rendre exigibles des prétentions qui ne l'étaient pas encore (loi féd. sur la pours. pour dettes, art. 208).

5° Il est nécessaire que la créance soit une *créance de droit privé*[5], car des prestations de droit public, telles, par exemple, que des émoluments dus à l'Etat ne sont pas au bénéfice de l'art. 224.

281. En résumé, il faut, pour qu'un droit de rétention des art. 224 et s. soit constitué : qu'une chose (meuble corporel ou « titre » — *Werthpapier*) soit à la disposition du créancier du consentement du débiteur (cfr. cependant art. 226, al. 2); que celui-ci soit propriétaire de la chose, sous réserve de l'art. 227 ; qu'il y ait un rapport naturel de connexité (sauf l'art. 224, al. 2); enfin que la créance soit de droit privé et soit exigible (excepté le cas de l'art. 226, al. 1). Toutes ces conditions sont essentielles.

[1] *R. j. f.* XV, 71 (et même entre non commerçants faisant ensemble des actes de commerce, — ce qui nous parait constituer une interprétation par trop extensive de la loi).

[2] *Zeitschr. des bern. J. V.* XXIV, 161.

[3] *A. T. F.* X, 275. Cfr. *ibid.* XI, 384, XV, 376, XVII, 377.

[4] *A. T. F.* XI, 384, XII, 644, XV, 375.

[5] *A. T. F.* XX, 376.

281 *bis*. Est-il indispensable que la chose retenue soit *réalisable* de sa nature ? Le C. O. ne formule pas cette condition (*alias*, art. 881, alin. 1, du Code civil suisse de 1904). Cependant, le droit de rétention doit être exclu lorsqu'il est incompatible avec l'ordre public (cfr. art. 875, alin. 2 *ibid.*), lorsqu'il serait prétendu sur des papiers de légitimation, des quittances d'impôt, etc.

SECTION TROISIÈME

Effets du droit de rétention.

282. Le droit de rétention ne peut être exercé que jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire à l'acquittement intégral de la créance garantie, et dans les conditions fixées à l'art. 228, sur lesquelles nous reviendrons.

283. Nous avons déjà fait allusion à l'art. 227[1] : *Si le débiteur a remis au créancier, en la donnant comme sienne, une chose appartenant à un tiers, le droit de rétention n'est opposable à ce tiers que si le créancier a reçu la chose de bonne foi ; sans préjudice du droit de revendication qui compète au propriétaire en cas de perte ou de vol* (cfr. art. 206, 213). Le propriétaire est généralement protégé, même contre le créancier de bonne foi ; cependant notre loi consacre deux exceptions importantes à ce principe, celles des art. 213 et 227, d'après lesquelles le créancier gagiste ou le créancier ayant un droit de rétention peuvent, s'ils sont de bonne foi, opposer avec succès leur droit réel à l'action en revendication du véritable propriétaire, dans les termes des art. 205 et 206. On s'est demandé si l'art. 227 était applicable aux *droits de rétention spéciaux* du bailleur, du commissionnaire, etc. En tout cas, l'art. 294 le réserve expressément, et nous admettrions l'affirmative pour les autres espèces, la règle de l'art. 227 n'étant pas particulière au gage tacite des art. 224 et s., mais étant une conséquence de l'art. 205.

284. Contrairement à l'opinion de certains auteurs, nous considérons que le droit de rétention est *indivisible*, comme le droit de gage (cfr. art. 221 et art. 228 al. 1). Mais le créancier ne peut l'exercer que sous les conditions établies à l'art. 228 : *Lorsque le*

[1] Le principe posé dans cet article n'est pas applicable en cas de *saisie-exécution* (*A. T. F.* XVII, 284).

créancier n'a reçu ni paiement, ni garantie suffisante, il peut, moyennant un avertissement préalable[1] *donné au débiteur, poursuivre la réalisation de son droit de rétention comme un créancier gagiste. — L'avertissement peut encore être donné même après la déclaration de faillite du débiteur. — La notification du droit de rétention faite à la masse équivaut à l'avertissement.* Tandis que le créancier gagiste peut réaliser son gage dès que sa créance est exigible, le droit de rétention ne peut être exercé par les voies juridiques qu'après un avertissement préalable donné par le créancier au débiteur ; aucune forme n'est prescrite pour cet avertissement, et le délai peut être librement fixé par le créancier, mais il doit être sans doute de telle durée que, dans des circonstances normales, il puisse être mis à profit. Le débiteur pourra *faire cesser* le droit de rétention :

1° En payant la dette en principal et accessoires ;

2° En fournissant au créancier une garantie suffisante dont, en cas de contestation, le montant sera déterminé par le juge. Cette faculté accordée au débiteur constituera pour lui le meilleur moyen de parer aux effets désastreux que l'indivisibilité du droit de rétention pourrait lui faire encourir. Si A., par exemple, a déposé pour 2000 francs de marchandises chez B. et que celui-ci ait pour 100 francs de frais de conservation et autres à lui réclamer; si nous supposons que A. n'ait momentanément pas de quoi acquitter ces 100 francs, il se dira : faute par moi de les payer, B. a le droit de retenir toutes mes marchandises, dont j'ai grand besoin; je vais lui offrir une ou deux cautions solvables, ou un droit de gage sur une partie de mes marchandises, et son droit de rétention prendra fin pour le tout ou pour les marchandises non grevées spécialement.

L'omission de l'avertissement de l'art. 228, al. 1, ne donne droit qu'à des dommages et intérêts.

285. Pour la réalisation du droit de rétention, la procédure est la même qu'en matière de gage (voir n° 275, chif. 1 lit. *c*). Le créancier se paiera d'abord et ne sera tenu que de faire raison de l'excédent au débiteur ou à sa masse en faillite. Si le produit de la chose ne suffit pas, il pourra se récupérer sur les autres biens du débiteur.

286. Relativement au conflit entre le droit de gage et le droit de rétention, nous renvoyons au n° 278, chif. 4. Ajoutons que le créancier répond de la conservation de la chose comme le créancier gagiste (cfr. art. 220).

---

[1] L'avertissement donné ne suffit point à transformer le droit de rétention en droit de gage ; l'art. 220 s'appliquerait toutefois par analogie (sic, *Hafner;* contra, *Strœuli*).

SECTION QUATRIÈME

Extinction du droit de rétention.

287. Ce droit s'éteint : 1° par la *perte de la détention* de la part du créancier ; 2° par la *destruction* totale de la chose ; 3° par la *renonciation* ; 4° par l'*extinction* de l'obligation principale ; 5° par la *réalisation* ; 6° par la fourniture de *sûretés suffisantes*.

TITRE SEPTIÈME

DE LA VENTE ET DE L'ÉCHANGE

CHAPITRE PREMIER

Historique et généralités.

288. La vente et l'échange sont aujourd'hui des contrats de même nature et les deux types des conventions destinées au transfert de la propriété à titre onéreux ; seulement, dans l'un des cas, l'équivalent du transfert est un prix, dans l'autre une chose. Jadis, lorsque les transactions étaient peu nombreuses, on pouvait se contenter de l'échange, de la simple cession d'un bien contre un autre que l'on désirait posséder. Mais, à mesure que le commerce et l'industrie se développèrent, que des relations entre peuples se nouèrent et devinrent plus fréquentes, on dut imaginer d'autres moyens afin que chacun pût se procurer aisément ce qui lui était nécessaire pour subsister. On attribua, en conséquence, à certaines choses une valeur fixe, qui permit de les offrir comme l'équivalent de toutes les autres choses. La monnaie était inventée. Or la vente et la monnaie sont deux créations contemporaines l'une de l'autre.

289. Alors qu'en droit français, l'effet normal et ordinaire de la vente est le transfert instantané de la propriété à l'acquéreur, en droit romain, la vente, comme le dit Pothier, n'oblige le vendeur envers l'acheteur qu'à lui faire avoir librement, à titre de propriétaire, la chose vendue *(praestare emptori rem habere licere)*. A Rome donc, la vente, le contrat en général, ne peut transférer ni la propriété, ni un droit réel quelconque ; elle ne fonde que des droits personnels, des droits de créance, — une obligation de livrer ; la transmission de la propriété dépend absolument de la tradition. Notre loi a suivi le système romain ; cfr. art. 229.

CHAPITRE II

De la vente[1].

SECTION PREMIÈRE

Dispositions générales.

§ 1. *Nature, objet et forme de ce contrat.*

290. De sa *nature*, la vente est une convention bilatérale que l'art. 229 définit ainsi : *La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à transférer à l'acheteur la propriété et la jouissance d'une chose (zu vollem Rechte und Genusse*, dit le texte allemand), *moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer*. Les parties peuvent d'ailleurs modifier à leur gré, en y ajoutant des clauses ou conditions spéciales, les obligations qui procèdent généralement de la vente. En dehors du *pacte commissoire*, du *pacte de rachat* et du *pactum reservati dominii* dont nous traiterons ad art. 264 (sous n° 335), les principales clauses usitées en matière de vente sont :

1° Le *pactum addictionis in diem*, qui permet au vendeur de se départir du contrat, si, dans un délai déterminé, il trouve un acheteur lui faisant des conditions plus avantageuses ;

2° Le *pactum protimeseos*, par lequel le vendeur stipule, qu'à prix égal, il sera préféré à tout autre, si l'acheteur se décidait à revendre ;

3° Le *pactum displicentiæ*, par lequel l'une ou l'autre des parties se réserve absolument de pouvoir se départir du contrat pendant un certain temps. Les effets de ces clauses sont régis par les principes relatifs aux obligations conditionnelles.

Les éléments essentiels du contrat de vente sont :

[1] *Haberstich*, II, 1 et s. *Jacottet*, 161 et s. *Schneider et Fick*, 384 et s. *Hafner*, 107 et s. *Thaller*, 525 et s. *Staub*, 836 et s. *Baudry-Lacantinerie et Saignat*, Traité de droit civil, — De la vente et de l'échange, 1 vol. in-8°, Paris, 1900. — *A. I. F.* XVIII, 900 *(pactum de contrahendo)*.

1° Une *chose*[1], même *future*, mais une chose dont la propriété doit être cédée contre une certaine somme d'argent ; et, à cet égard, elle se distingue, soit du *louage d'ouvrage*[2] où c'est la confection d'une chose, le travail nécessaire à cet effet, qui est, plutôt que la chose elle-même, l'objet du contrat, — ou du *louage de services*[3], où c'est l'activité personnelle du locataire qui est l'objet de la convention, — ou du *contrat de société*[4], du *bail*[5], de la *commission*[6], et d'autres encore. Notre loi ne mentionne pas expressément le cas de la vente d'un *droit*, d'un usufruit, par exemple. Le C. civ. all., art. 433, dispose à cet égard : « Le vendeur d'un droit est tenu de le lui (à l'acheteur) transférer, et, si ce droit implique la possession d'une chose, de lui remettre celle-ci. » C'est la solution que les principes généraux nous eussent fournie. Insistons sur une espèce d'une importance pratique toujours plus grande. Le fournisseur d'*énergie électrique* aux particuliers fait une vente, non un louage de choses ou de services, car l'objet essentiel de la convention est le transfert de la propriété d'un bien mobilier, d'un produit, dont le vendeur est propriétaire[7].

2° Un *prix*, qui doit être sérieux, fixé par les parties, ou laissé à l'arbitrage d'un tiers, ou au moins déterminable objectivement ; assurément, comme le Tribunal fédéral[8] l'a décidé, il n'est pas nécessaire que le prix soit déjà arrêté en chiffres lors de la conclusion du contrat et connu, pourvu qu'il puisse être déterminé objectivement, c'est-à-dire qu'on se trouve en présence de conventions expresses ou tacites telles que le prix voulu par les parties en résulte sans stipulations ultérieures ; le C. O. n'exige donc pas que le prix soit déterminé, comme le *certum pretium* des Romains, pour que la vente soit parfaite ;

3° Le *consentement* (libre ; cfr. art. 18 et s.) des parties, qui doit exister quant à la chose et quant au prix, la vente étant d'ailleurs valable, *inter partes*, indépendamment du transfert de la propriété des meubles vendus[9]. Le consentement peut être exprès ou tacite[10].

Mais la vente tend et doit tendre au transfert de la *propriété* même (voir ad art. 264 et chif. 1 ci-dessus *in fine*) ; elle ne saurait

[1] *A. T. F.* XXV², 875 et s. (que comprend la vente d'un *journal ?*).
[2] *A. T. F.* XV, 840, XVI, 168, 589, XXI, 187 ; *H. E.* III, 72.
[3] *A. T. F.* XVI, 400 et s.
[4] *A. T. F.* XVI, 406. — *R. j. f.* III, 216 et s. (vente ou *prêt à usage*).
[5] *A. T. F.* XXIV², 93.
[6] *A. T. F.* XV, 403, 491 et s., XXIII, 707 et s.
[7] *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, p. 1 et suiv.
[8] *A. T. F.* XVI, 590. *R. j. f.* VII, 25.
[9] *A. T. F.* XXI, 1142.
[10] *A. T. F.* XXX², 301 (le *silence* équivaut à l'acceptation, lorsque, d'après la raison et la bonne foi, il doit être tenu pour tel ; cfr. *ibid*, XIX, 929).

porter seulement sur la jouissance, dont le simple transfert convenu entre deux personnes ne constitue pas une vente, mais un bail, un commodat, etc. C'est ce qu'exprime notre loi en disant que le vendeur s'oblige à transférer « la propriété et la jouissance », le *pleno dominio* du texte italien. Le droit de propriété embrasse, au demeurant, celui de jouissance. Mais, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, et contrairement au droit français, la vente n'est point par elle-même, dès l'instant de sa perfection, translative de propriété ; ce transfert ne s'effectuera que par la mise en possession des art. 199 et s. Jusqu'à la tradition, l'acheteur n'est pas propriétaire, il n'a qu'une action en délivrance, ensorte que jusqu'à ce moment, et sauf recours en dommages et intérêts du premier acquéreur, le vendeur peut valablement transférer à un nouvel acheteur, qu'il mettra en possession, la propriété de la chose vendue. Néanmoins, et par une anomalie que nous avons signalée, l'art. 204 dispose que « les *profits et les risques* de la chose sont pour l'acquéreur à partir de la conclusion du contrat d'aliénation », s'il n'y a pas de stipulations contraires, ou si une exception à ce principe ne découle pas des circonstances (cfr. art. 233). Jusqu'à la tradition, le vendeur répond d'ailleurs de tout dommage causé par sa faute à la chose vendue, comme aussi des fruits qu'il aurait laissé perdre par sa négligence. Nous renvoyons en outre aux art. 81, 183 et s. (vente ou cession des créances), 204, 267 et s., 269 et s.

Les obligations essentielles du vendeur et de l'acheteur sont, comme nous le verrons, pour celui-là de délivrer et de garantir, pour celui-ci de payer le prix. Règle générale, et sauf le cas de vente conclue à crédit, le paiement doit avoir lieu au comptant, si bien que le vendeur n'est tenu de mettre en possession que contre paiement du prix ; et, réciproquement, l'acheteur ne peut être contraint de payer avant la délivrance. C'est ce qui ressort de l'art. 230 : *Sauf usage ou convention contraire, le vendeur et l'acheteur sont tenus de s'acquitter simultanément de leurs obligations respectives* (cfr. art. 86, 95, 122 et s., 263). Il existe des usages contraires dans nombre de commerces, où les marchandises vendues ne sont payables qu'à trente jours, trois mois, six mois. Les conventions contraires sont également réservées. Il va sans dire que si le vendeur a stipulé un terme pour la délivrance, ce terme profite à l'acheteur pour le paiement du prix. Et il n'est pas douteux que l'art. 230 n'établit pas de présomption de paiement du prix basée sur le fait que l'acquéreur est en possession de la chose vendue[1].

291. Quelles choses peuvent faire l'*objet* d'une vente ? « Tous les biens protégés par la loi, dit le Tribunal fédéral[2], des choses et

[1] *J. d. T.* XXXIV, 643.
[2] *A. T. F.* XVI, 406.

des droits de quelque espèce que ce soit », en opposition aux services personnels. Les choses qui sont, d'une manière absolue, hors du commerce, s'entendent tout spécialement des droits exclusivement attachés à la personne du titulaire, comme les fonctions publiques, les droits d'usage et d'habitation, la clientèle, comme telle, d'un avocat ou d'un médecin, etc., et, d'autre part, les droits purement moraux, liberté, puissance paternelle ou maritale, etc. Il est plusieurs choses, en revanche, qui ne sont hors du commerce que d'une manière relative :

1° par *leur nature,* — l'air, la mer, etc.

2° par *leur destination,* — les choses du domaine national ou communal public (routes, fleuves, places, etc.), et les choses dont la vente est prohibée pour des raisons d'ordre ou d'utilité publique, comme les effets militaires, comme les immeubles dotaux à Genève et dans le Jura bernois (C. civ. fr. art. 1554) et dans le Tessin (C. civ. art. 650), les successions futures, d'après certaines législations cantonales, les choses monopolisées par l'Etat, les substances vénéneuses, etc.

292. Le Code fédéral ne prescrit aucune *forme* spéciale pour la vente, qui sera donc parfaite dès que les parties auront manifesté, verbalement ou par écrit, leur volonté réciproque dans le sens des art. 1 et s. et 229.

§ 2. *Ventes réservées au droit cantonal ou à des lois spéciales.*

293. Notre loi régit, d'une manière générale et absolue, toute la matière de la vente des choses mobilières, et même des *produits* de choses immobilières[1]. Elle réserve, par contre, au droit cantonal :

1° Les *ventes d'immeubles*. L'art. 231 dispose effectivement : *Les ventes d'immeubles sont régies par le droit cantonal* (al. 1). Il en est de même des *contrats accessoires* à ces ventes[2], — car l'immeuble doit en général être tenu pour la chose principale, — mais non point nécessairement des contrats qui, tout en s'y rattachant plus ou moins étroitement, constituent des conventions ayant une existence propre[3]. Il en est encore ainsi des *promesses de vente d'immeubles*, comme de leurs conventions accessoires, portant, par exemple, sur les dommages et intérêts dus en cas

[1] *A. T. F.* XIII, 434.
[2] *A. T. F.* XVI, 804, XXII, 71 (indemnité à titre de dédit), *R. j. f.* XXII, 124 (arrêt du T. F., du 20 Mai 1904).
[3] *A. T. F.* XIV, 636, XV, 349, XVI, 168.

d'inexécution[1]. Les contrats visés par l'art. 231, al. 1, sont entièrement soustraits à l'empire du C. O., quant à leurs *conditions et à leurs effets*, spécialement[2] quant aux conséquences de leur inexécution ; et l'on n'ignore plus que, d'après la jurisprudence[3], la législation cantonale sur les obligations en général s'applique, à moins qu'elle n'ait été abrogée par l'autorité législative compétente, aux ventes d'immeubles, tout aussi bien que les prescriptions particulières des codes cantonaux sur la vente. C'est exclusivement pour la *capacité de contracter*[4] que le droit fédéral fait règle en cette matière. Si la vente, enfin, comprend des *meubles et des immeubles*, ce sera, en thèse générale, le droit des cantons qui sera déterminant, les immeubles étant à l'ordinaire l'objet principal du contrat[5]. Mais la vente de fruits pendants, de bois destiné à être abattu[6], etc. (cfr. art. 94 L. P.), aurait le caractère d'une vente mobilière et serait dès lors régie par le C. O., car elle tend à la mobilisation de biens attachés au sol.

2° L'art. 231, al. 2, renferme la réserve suivante : *Il appartient également à la législation cantonale de restreindre ou même de supprimer complètement le droit de poursuivre en justice le paiement des créances résultant de la vente au détail des boissons spiritueuses, y compris les dépenses d'auberge.* Le Code de proc. civ. neuchâtelois (art. 515) refuse toute action civile pour dettes de cabaret ; voir aussi C. civ. zur., art. 401.

3° La vente (ou cession) des *créances hypothécaires* (art. 198) et des créances *litigieuses* (ce dernier point est douteux ; voir n° 230).

4° La législation fédérale ne régit pas non plus la matière des *vices rédhibitoires* dans le *commerce du bétail* (cfr. art. 890). Il a été reconnu que, pour les ventes du bétail de boucherie, on appliquera le C. O. en ce qui regarde les défauts découverts après que l'animal a été abattu[7] (voir n° 310).

5° Le droit cantonal s'applique exclusivement, sauf ce qui con-

[1] *A. T. F.* XVI, 803 et s. XIV, 389 et s. ; XXVIII[2], 514 et s. *J. d. T.* XXXIX, 129 et s., XLVII, 537 (arrêt du T. F., du 23 Juin 1899).

[2] *R. j. f.* IX, 76.

[3] *A. T. F.* XIII, 506 et s., XVIII, 885.

[4] *A. T. F.* XII, 387 ; cfr. *ibid.*, XXVI[2], 219 et s. (vices du consentement), XXVI[2], 472 et s. (simulation). — La *prescription* des actions résultant des ventes immobilières est régie par le C. O., a décidé le Tribunal fédéral, dans un arrêt qui n'est pas en harmonie avec sa doctrine générale — voir, entre autres, ad art. 76 — concernant l'effet des réserves édictées en faveur du droit cantonal (*A. T. F.* XXIII, 1612 et s.).

[5] *A. T. F.* XIII, 511 et s., XV, 348, XVIII, 885, etc.

[6] *J. d. T.* XLVIII, 34 et s. (arrêt du T. F., du 16 Sept. 1899).

[7] *Bucher*, ad art. 229, n° 848.

cerne le transfert de la propriété mobilière (art. 199 et s.), aux *ventes de successions*[1].

293 bis. Les *ventes faites par autorité de justice* sont soumises à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes (art. 116 et s. et 256 et s.), sauf les ventes en cas de successions bénéficiaires (cfr. cependant art. 193 de la loi féd. précitée), dont la liquidation est du ressort du droit cantonal.

SECTION DEUXIÈME

Des obligations du vendeur.

§ 1. *De la délivrance.*

294. Nous avons ici la première obligation du vendeur, la *délivrance,* qui est, pour nous approprier la définition de l'art. 1604 C. civ. fr., le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur. Le vendeur s'est exécuté, à cet égard, lorsqu'il a effectivement remis la chose à son co-contractant, ou lui a transmis les moyens d'en disposer (cfr. art. 199 et s.). Il faut distinguer de la délivrance, qui est un dessaisissement de possession de la part du vendeur, l'*enlèvement*, qui consiste dans le fait que l'acheteur se saisit de la chose.

295. Conformément à l'art. 84 chif. 2, la délivrance doit, à moins de volonté contraire expresse ou tacite des parties, être faite dans le *lieu* où se trouvait la chose au temps du contrat. La délivrance de choses indéterminées quant à leur espèce s'opérera, en principe, dans le lieu du domicile du débiteur. S'il s'agit de choses à expédier dans un autre lieu, c'est l'acheteur, naturellement, qui le désigne; mais s'il néglige de le désigner, le vendeur n'a point par cela même le droit de l'adresser au domicile de l'acquéreur : il est tenu, en général, de demander des instructions à ce dernier[2].

296. Les *frais de la délivrance* sont supportés de la manière fixée à l'art. 232, dont le texte est analogue à celui des art. 1608 C. civ. fr. et 351 C. com. allemand : *Sauf usage ou convention contraire, les frais de la délivrance, notamment ceux du mesurage et du pesage, sont à la charge du vendeur, les frais d'acte et les*

[1] *A. T. F.* XXIV², 273 et s.
[2] *H. E.* VIII, 292.

frais de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, — ainsi ceux d'emballage, de chargement, de transport, de douane, etc. On sait que la chose est *quérable*, et non point « portable », c'est-à-dire que. toutes stipulations ou présomptions contraires réservées, c'est à l'acheteur qu'il incombe de la venir chercher au lieu où elle se trouve à l'époque de la conclusion du contrat (voir cependant nº 295). *Sauf usage ou convention contraire, les frais de transport sont à la charge de l'acheteur si la chose vendue doit être expédiée en un lieu autre que celui de l'exécution du contrat*[1] (art 233 al. 1) : cfr. art. 84 chif. 2. Dans la règle et selon les usages du commerce, le vendeur devra emballer lui-même et expédier la marchandise. quitte à se faire rembourser par l'acheteur les frais advenus de ce chef. Mais, ajoute l'art. 233 al. 2 : *Le vendeur est présumé avoir pris à sa charge les frais de transport, s'il a été stipulé que la livraison aurait lieu franco. Sauf usage ou convention contraire, les frais de transport comprennent dans ce cas les droits de sortie, de transit et d'entrée perçus pendant le transport, mais non les droits de consommation perçus lors de la réception de la chose,* — ces derniers droits (octroi) ayant été abolis en Suisse, à partir de 1890 et en partie déjà auparavant, par la Constitution fédérale, art. 22 *in fine,* et par la loi du 1er septembre 1887. Notons en passant que, lors d'une livraison convenue franche de port, les usages commerciaux, qui n'ont ici que la valeur de simples moyens auxiliaires de l'interprétation des contrats[2], laissent les *risques* de la chose au vendeur jusqu'à l'arrivée de la marchandise chez le destinataire (cfr. art. 204); dans cette éventualité, les frais d'assurance du transport seront également supportés par le vendeur. Les *usages* réservés dans les textes ci-dessus sont, sans doute, ceux du lieu prévu pour la délivrance.

297. En ce qui a trait au *temps de la délivrance,* nous renvoyons aux art. 86 et 230. Faisons observer, toutefois, que lors même que le terme de la livraison arrêté entre parties serait échu, le vendeur doit, sous peine de dommages et intérêts, suspendre l'expédition de la marchandise — du vin, par exemple, ne devrait pas être expédié au gros de l'hiver — lorsque l'intérêt de l'acheteur exige impérieusement que la délivrance soit ajournée[3].

298. Quelles sont les *conséquences du défaut de délivrance ?* On appliquera les art. 110 et s. quand le vendeur aura commis une faute en livrant[4]. Lorsqu'il est en demeure, son co-contractant

[1] *R. j. f.* XVI, 48, arrêt du T. F. du 24 Déc. 1897 (dans le doute, le vendeur doit expédier au domicile commercial de l'acheteur ; cfr. art. 84).

[2] *A. T. F.* XIV, 476.

[3] *J. d. T.* XLII, 657 (arrêt du T. F., du 21 Sept. 1894).

[4] *A. T. F.* XVII, 317, XX, 628 et s.

peut, s'il ne préfère réclamer l'exécution de la vente, avec dommages et intérêts le cas échéant, procéder en vertu des art. 122 et s. S'il est en demeure quant à la réception du prix, on s'en tiendra aux art. 106 et 107. Mais en matière de commerce, c'est-à-dire toutes les fois qu'il s'agira d'une vente commerciale, d'un achat de marchandises dans un but de revente, que les contractants soient négociants ou non[1], notre loi a posé des principes sensiblement différents. Les besoins du commerce sont tels que l'acheteur doit pouvoir se procurer ailleurs la marchandise, s'il le juge à propos, et que, d'autre part, il est juste aussi que le vendeur puisse disposer utilement de sa chose, sauf à payer des dommages et intérêts. *En matière de commerce*, porte donc l'art. 234, *lorsque la convention fixe un terme pour la livraison, l'acheteur est présumé avoir le droit de se départir du contrat sans autre formalité, dès que le vendeur est en demeure*[2] (al. 1), — soit, dès l'échéance du terme, et sans mise en demeure préalable, comme cela ressort du texte allemand, qui ne se prête pas à une autre interprétation, tandis que le texte français paraît exiger une mise en demeure (cfr. art. 117 al. 2). *Si l'acheteur préfère demander la délivrance, il doit en informer le vendeur immédiatement après l'échéance du terme; sinon, il ne peut plus réclamer l'exécution du contrat, mais seulement les dommages et intérêts, s'il y a lieu* (al. 2); cfr. art. 118 et s.

L'art. 234 se rapporte à des *Fixgeschäfte*, à des ventes commerciales à jour fixe; cfr. art. 123 et voir l'art. 357 C. com. allem. Pour qu'on soit en présence d'un contrat de ce genre, il n'est pas nécessaire qu'un jour ait été déterminé; il suffit que le vendeur se soit obligé à livrer dans un certain délai à ne point dépasser (par exemple, « livrable dans le courant de septembre »[3]). Il faut absolument, en revanche, que, dans l'intention des parties, le jour ou le délai fixe soit un *essentiale negotii*. On admet du reste aussi que le marché est à jour fixe, lorsque la livraison doit se faire « incessamment », ou « dans le plus bref délai »[4], car si l'art. 234 est de droit exceptionnel, si, par conséquent, il convient de l'interpréter restrictivement, la volonté de conclure un *Fixgeschäft* n'a pas besoin d'être formellement exprimée et peut résulter

[1] *R. j. f.* IV, 74, V, 51; *H. E.* V, 42. *Haberstich* dit avec raison : *Der Begriff ist ein rein sachlicher, nicht persœnlicher. Hafner*, 112.

[2] *A. T. F.* XXIV², 392 et s. (répartition de l'*onus probandi*).

[3] *H. E.* VII, 324.

[4] Le Tribunal supérieur de commerce de l'Empire allemand n'admet pas de marché à jour fixe dans ces cas, quoi qu'en disent MM. *Schneider et Fick* (voir arrêts des 30 Décembre 1870, 3 Novembre 1871, 1er Mars 1876, etc., *Staub*, 949); si nous l'admettons, nous, c'est que l'art. 357 C. com. allem. restreint davantage que notre loi la notion des *Fixgeschæfte*; cfr. *A. T. F.* XIII, 68.

des circonstances (nature de la marchandise et but de l'achat en rapport avec la livraison, etc.). Cette volonté des parties de considérer un marché commercial avec terme fixé pour la livraison comme soumis à l'art. 234, peut, d'un autre côté, être exclue par les circonstances mêmes de l'affaire, si l'acheteur n'a aucun intérêt, ou n'a qu'un intérêt médiocre à l'observation du terme, s'il ne paraît pas y avoir ajouté d'importance, ou s'il y a renoncé expressément ou tacitement. Et, en pareil cas, l'acheteur n'est pas fondé à se départir du contrat sans autre formalité[1]. En somme, l'art. 234 n'établit qu'une présomption susceptible d'être détruite par toute preuve contraire.

Dans les ventes qui ne sont pas à jour fixe, on s'en tient à l'art. 122. Ce qui distingue essentiellement le cas de l'art. 234 de celui de l'art. 123, outre la commercialité de l'opération prévue par le premier de ces textes, c'est d'abord que l'acheteur, dans l'espèce de l'art. 234, n'a pas à prouver la faute de son co-contractant pour avoir le droit de l'actionner en dommages et intérêts (*alias*, art. 123, 124), sans qu'on puisse s'expliquer la raison des solutions différentes admises sur ce point par notre loi dans des hypothèses en somme identiques; c'est ensuite que la résiliation se présume aux termes de l'art. 234, tandis que, sous l'empire de l'art. 123, la convention subsiste, si la partie qui n'est pas en demeure néglige d'informer sans délai l'autre partie de sa résolution de ne pas la maintenir.

On vient de constater que l'art. 234 *in fine* et la nature même des marchés à jour fixe veulent que des dommages et intérêts soient dus « s'il y a lieu », c'est-à-dire si un préjudice a été causé à l'acheteur, indépendamment d'une faute du vendeur[2]. Le montant des dommages et intérêts est abandonné à la libre appréciation des tribunaux; lorsque les marchandises seront cotées à la Bourse ou au marché, ils seront au moins de la différence entre le prix d'achat (s'il était supérieur) et la cote, au temps et dans le lieu où la livraison devait s'opérer, sauf à exiger une indemnité plus élevée si elle ne suffisait pas pour réparer le préjudice subi.

Si l'acheteur préfère demander la délivrance, l'exécution du contrat, il en a le droit, à la seule condition d'en aviser « immédiatement » le vendeur (par télégramme, lettre, ou même verbalement) après l'échéance du terme prévu pour la livraison, car, comme le font observer MM. Schneider et Fick, il ne peut lui être permis de se « déterminer d'après les oscillations du marché ». S'il néglige de donner cet avertissement, ou s'il accepte la marchandise qui lui

[1] *R. j. f.* V, 50.

[2] *Haberstich*, II, 15. C. com. allem. art. 357 *in fine*. Cfr. *A. T. F.* XIII, 65 et s., *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXI, 267.

arrive après le délai, il ne peut plus réclamer que des dommages et intérêts, dans les limites ci-dessus tracées, qu'il y ait eu faute du vendeur ou non dans le retard apporté à l'exécution du contrat.

298 *bis*. Lorsque la vente porte sur une certaine quantité de marchandises à livrer successivement, par exemple, 1000 sacs de café livrables tous les 15 de chaque mois par envois de 100 sacs, on n'aura pas, du moins en thèse générale, un *Fixgeschäft* unique; chaque livraison mensuelle devra être traitée distinctement et le retard éprouvé à raison de l'une de ces livraisons n'autoriserait pas l'acheteur à se départir de tout le contrat[1].

§ 2. *De la garantie en cas d'éviction et de défauts cachés.*

299. On a dit très justement que garantir, c'était assurer, sous sa responsabilité personnelle, l'exécution d'une promesse, et que l'obligation de garantie consistait à préserver du préjudice, si cela était possible, ou à en dédommager. Dans le contrat de vente, le vendeur s'engage à garantir à l'acheteur : 1° la paisible possession de la chose vendue, à titre de propriétaire; 2° l'absence de défauts cachés, de vices rédhibitoires. De là, deux espèces de garanties, celle des art. 235 et s. et celle des art. 243 et s., qui sont l'une et l'autre de la nature du contrat de vente.

La garantie a lieu, au surplus, en *toutes ventes, volontaires ou faites par autorité de justice*, puisque notre Code ne statue pas d'exception à l'égard de ces dernières. Seulement, le recours sera, la plupart du temps, illusoire en matière de ventes faites judiciairement.

A. *Garantie en cas d'éviction.*

300. *Caractères de cette garantie*. La loi ne traite que de la *garantie de droit*, qui existe en l'absence de toute stipulation; la *garantie de fait*, qui a sa source dans des conventions spéciales, peut être plus ou moins étendue que l'autre; on peut même exclure toute garantie, sous réserve de l'art. 237.

On entend par *éviction* la privation que subit l'acheteur de tout ou partie des droits que la vente devait lui conférer. La garantie des art. 235 et s. ne porte d'ailleurs que sur les évictions dont la cause est antérieure à la vente. Elle consiste, au demeurant, en ce que le vendeur doit : ou bien faire écarter toute action qui tendrait à enlever la possession paisible ou utile de la chose vendue, ou bien, s'il ne peut empêcher l'éviction, indemniser l'acquéreur de tout le

[1] *A. T. F.* XIII, 68; cfr. *ibid.* XXI, 533 et s.

dommage éprouvé. Il va sans dire qu'il a l'obligation de ne pas troubler lui-même l'acquéreur dans sa possession; en particulier, il est tenu de s'abstenir de certains actes qu'un autre pourrait accomplir à l'égard de l'acheteur, si ces actes frustraient celui-ci d'avantages qu'il était en droit d'escompter; ainsi le vendeur d'un fonds de commerce ne peut, du moins à une époque rapprochée de la vente, ouvrir, dans le voisinage, un établissement concurrent[1].

On sait, qu'aux termes de l'art. 205, l'acquéreur de bonne foi d'un meuble ou d'un titre au porteur qui n'est ni perdu ni volé, est protégé contre le véritable propriétaire. Partant, les droits de ce dernier, ou de tout tiers, — du revendiquant, en un mot, — droits de propriété, ou autres droits réels, s'éteignent, et une éviction de l'acquéreur n'est possible que si la chose a été achetée de mauvaise foi (cfr. art. 207, 208, 236), ou si elle avait été perdue ou volée (cfr. art. 206). On comprend dès lors que la garantie pour cause d'éviction soit assez rare en matière de ventes mobilières. Pour la vente des *créances*, voir l'art. 192.

C'est donc indépendamment de toute stipulation que, dans les limites ci-dessus, existe la garantie imposée au vendeur. Le *vendeur*, dit l'art. 235, *est tenu de garantir l'acheteur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de la chose vendue, en vertu d'un droit qui compétait déjà à un tiers au moment de la vente*, — soit, au moment où le contrat s'est légalement formé. Il n'est pas nécessaire que l'acheteur soit dépossédé pour être évincé; il est victime d'une éviction, lorsqu'il délaisse la chose vendue (cfr. cependant art. 240) sans attendre le jugement qui prononcera sur les droits du revendiquant, alors même aussi qu'il conserve la chose vendue à un autre titre, tel que celui d'héritier du véritable propriétaire.

Le vendeur ne répond, par contre, ni des *cas fortuits*, ni des cas de *force majeure*, parmi lesquels nous rangeons le *fait du prince*, ou le « droit du souverain », c'est-à-dire tout acte du pouvoir législatif ou exécutif ordonnant une dépossession qui n'est pas la conséquence d'un droit préexistant. Mais l'éviction due à un *fait du juge* donne lieu à garantie.

301. La loi a introduit ici une exception, que l'on a très justement qualifiée de contestable en principe et de regrettable en pratique; le vendeur est de droit obligé à garantie, mais, d'après l'art. 236 : *Si l'acheteur connaissait, lors du contrat, les risques d'éviction, le vendeur n'est tenu que de la garantie qu'il a promise*. Cette disposition pourrait être la source de nombreux procès si, comme nous l'avons indiqué déjà, l'action en garantie pour cause d'éviction ne devait être d'un usage assez restreint en ma-

[1] *Sirey*, 1877, 2, 50; 1878, 2, 243.

tière mobilière. Le vendeur aura soin de prétendre, dans la plupart des cas, qu'il a fait connaître à l'acquéreur les risques d'éviction ou que celui-ci devait les connaître d'après les circonstances[1]; mais le fardeau de la preuve lui incombera.

302. Nous avons relevé le fait que la garantie était due *ipso jure*, sauf aux parties à la restreindre, à y ajouter ou à l'exclure. Mais nous lisons ceci à l'art. 237 : *Toute clause qui supprime ou restreint l'obligation de garantie est nulle, si le vendeur a dissimulé à dessein le droit compétant au tiers.* La clause de non garantie ou de garantie restreinte est anéantie. et nous retombons sous l'application de l'art. 235, pour toute manœuvre dolosive du vendeur. Il est garant non seulement lorsqu'il a « dissimulé à dessein le droit compétant à un tiers », mais il répond encore de l'éviction provenant de *ses faits personnels*. Néanmoins, le vendeur pourrait, en signalant à l'acheteur un fait accompli par lui avant la vente, se libérer valablement de toute garantie (cfr. art. 236), tandis que son obligation subsiste s'il la laisse ignorer (s'il laisse ignorer, par exemple, qu'il a trouvé la chose, ou qu'il l'a volée, ou qu'il l'a remise en gage et s'en est emparé en dehors du cas de l'art. 219).

Un caractère spécial du droit à garantie réside dans la faculté qui appartient à l'acquéreur d'*appeler son vendeur en cause* (voir n° suivant).

303. Les *effets* de la garantie sont différents, selon que le vendeur a ou n'a pas été appelé en cause en temps utile. L'art. 238 dispose : *Le vendeur soumis à garantie qui est appelé en cause par l'acheteur menacé d'éviction, est tenu, selon les circonstances et conformément aux lois de procédure, d'assister l'acheteur ou de prendre fait et cause pour lui* (al. 1). L'acheteur a un droit d'option : il peut contraindre son vendeur à intervenir accessoirement au procès, ou à prendre fait et cause pour lui. Dans la première hypothèse, ils résisteront en commun à l'action du revendiquant ; dans la seconde, le vendeur devra se charger lui-même de la défense. Cette mise en demeure du vendeur par l'acheteur se fera au moyen d'une dénonciation de litige, en conformité de la procédure cantonale ou fédérale, car l'art. 238 suppose un procès engagé — *wird ein Recht geltend gemacht*, dit le texte allemand. Tant que la « menace » d'éviction reste dans la phase extra-judiciaire, l'acheteur peut, mais ne doit pas, en informer son vendeur. L'acheteur ne saurait, au demeurant, se dessaisir dans aucun cas, sans avis ou dénonciation de litige, de la chose au profit de celui qui

[1] *H. E.* VII, 13.

cherche à l'évincer; s'il le faisait, il s'exposerait à la perte totale ou partielle de son droit de recours (cfr. art 239).

304. Deux éventualités sont possibles, maintenant : ou bien l'appel en cause a eu lieu en temps utile et d'une manière régulière : ou bien il n'y a pas eu d'appel en cause.

1° *Si l'appel en cause a eu lieu en temps utile, la condamnation prononcée contre l'acheteur est opposable au vendeur, à moins qu'il ne prouve qu'elle est la conséquence du dol ou d'une faute grave de l'acheteur* (art. 238, al. 2). La question de savoir si l'appel en cause a été fait en temps utile et régulièrement est abandonnée aux lois de procédure ; le vendeur devra, dans la règle, être prévenu dès que l'instance est liée, mais l'acheteur pourra l'aviser encore plus tard, sauf à prouver alors que ce retard n'a nui en rien aux intérêts du vendeur (cfr. art. 239). Lorsqu'il y a eu appel en cause en temps utile — ce qui n'exclut pas encore la preuve de l'art. 238, al. 2, *in fine*, — diverses hypothèses peuvent se présenter. Si le vendeur assume le rôle de défendeur au procès et qu'il succombe, il est tenu de tous les effets de la garantie. S'il intervient accessoirement, pour fournir à l'acheteur des moyens de défense, pour l'assister, et qu'il y ait jugement de condamnation prononcé contre eux, il est obligé dans la même mesure, s'il ne peut reprocher à son co-contractant ni dol ni faute grave. Néglige-t-il de prendre fait et cause ou d'intervenir, la condamnation qui frappe l'acheteur, ou l'acquiescement qu'il donne (cfr. art. 240), est opposable au vendeur, toujours sauf dol ou faute grave de l'autre partie. Sur la notion de la faute, voir les art. 113 et 114, al. 1.

Notre Code va plus loin : *Il y a lieu à garantie* — art. 240 — *alors même que l'acheteur a reconnu le droit du tiers sans attendre une décision judiciaire, ou qu'il a accepté un compromis* (en vue de soustraire le litige à la juridiction ordinaire pour le soumettre à des arbitres), *pourvu qu'il ait averti le vendeur en temps utile et qu'il l'ait vainement invité à prendre fait et cause pour lui.* Une fois la dénonciation d'instance faite et notifiée en due forme, l'acheteur est libre de prendre, à l'égard de l'évinçant, la position qui lui convient. On peut estimer que c'est rendre onéreuse à l'excès la situation du vendeur, dont l'inaction sera peut-être causée par la maladie, une absence, etc. Quoi qu'il en soit, l'art. 240 n'affranchit point l'acheteur qui acquiescerait, ou donnerait les mains à un compromis, de son dol ou de sa faute grave, car, bien que la loi ne l'exprime pas, la réserve de l'art. 238 *in fine* trouve sa place ici. Mais, sans sa faute grave ou son dol, l'acheteur qui agit dans les termes de l'art. 240 conserve absolument son recours en garantie, et il ne le perdrait pas même si le vendeur établissait que le procès aurait eu une issue plus favorable dans l'éventualité où l'acheteur ne se serait pas soumis ou n'aurait pas

consenti à un arbitrage, les cas de faute grave ou de dol demeurant exceptés. Le vendeur doit également la garantie, lorsque l'éviction qui se serait produite sans cela disparaît pour des raisons qui lui sont étrangères, si, par exemple, l'acheteur a succédé comme héritier au demandeur en revendication, ou si ce dernier lui a fait donation de la chose vendue ; mais il va de soi que l'acheteur doit alors prouver que l'action en revendication, la cause d'éviction, était fondée.

2° *Lorsque le vendeur n'a pas été appelé en cause,* — art. 239 — *sans que cette omission lui soit imputable, il s'affranchit de son obligation de garantie dans la mesure où il établit que le procès aurait pu avoir une issue plus favorable, si l'appel en cause avait eu lieu à temps.* Il en sera de même si l'appel en cause est tardif. Dans l'un et l'autre cas, quelque parti d'ailleurs qu'ait pris l'acheteur, qu'il ait défendu au procès, acquiescé, constitué des arbitres, le vendeur est libéré jusqu'à due concurrence de son obligation, s'il prouve qu'un appel en cause lui aurait permis de repousser, en totalité ou en partie, les prétentions du revendiquant. On a préféré ce système, qui est celui du droit français, à ceux d'après lesquels, ou bien le fardeau de la preuve incombe à l'acheteur, ou bien le vendeur est complètement libéré.

305. La garantie étant admise, ses effets ne sont pas les mêmes selon que l'éviction est *totale* ou *partielle :*

306. 1° *En cas d'éviction totale.* Ici, la vente est censée non avenue et l'acheteur est autorisé à former diverses réclamations contre son garant ; mais on verra que si, en droit commun et en droit français, la réparation *entière* du préjudice peut être exigée, et comprendre même l'augmentation de valeur que la chose a acquise au temps de l'éviction sans le fait de l'acheteur, — le dommage *direct* est, suivant notre Code, le seul dont le vendeur soit tenu, à moins qu'il n'y ait eu dol ou faute de sa part. Nous faisons encore observer que si la vente est de choses fongibles, la solution est la même : l'acheteur n'a que son recours en garantie, tel qu'il est déterminé par l'art. 241, et il ne lui est pas loisible d'opter entre l'action en dommages et intérêts et une action en livraison de choses de même nature, valeur et bonté (cas contraire, art. 252). Mais il est temps de transcrire le texte même de l'art. 241[1], que l'on pourra comparer avec l'art. 1630 C. civ. fr. : *En cas d'éviction totale, la vente est réputée résiliée, et l'acheteur à qui la garantie est due a le droit de réclamer du vendeur :*

a) *La restitution du prix payé* (que la chose ait changé de valeur ou non), *avec les intérêts, déduction faite des fruits* (natu-

[1] *A. T. F.* XIV, 657 (art. 241, chif. 2).

rels, industriels ou civils) *qu'il a perçus ou négligé de percevoir, ainsi que des autres avantages dont il a profité*. La vente étant nulle, puisqu'elle n'a pu transférer de propriété à l'acquéreur, le prix est désormais sans cause entre les mains du vendeur. Il faut décider que les prestations accessoires, « épingles » ou « pots de vin », font partie du prix et doivent être rendues aussi. Mais il est bien entendu que cette restitution n'a pas lieu, quand l'acheteur évincé a été désintéressé par le revendiquant dans l'espèce de l'art. 206 *in fine*. Relativement aux intérêts, ils courent dès le paiement du prix de vente au taux du 5 % en matière civile, 6 % en matière commerciale où ce taux est d'usage (cfr. art. 83). Il y a encore à déduire les fruits perçus ou que l'acheteur n'a point perçus par sa faute, de même que la valeur des avantages qu'il a retirés (primes obtenues dans un concours, récompenses dans une exposition, profits tirés de dégradations faites par lui). Qu'arrive-t-il si l'acheteur n'a pas payé le prix de vente ? Il n'en peut naturellement demander la restitution. Mais doit-il bonifier au vendeur les fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir ? Non, d'après l'opinion générale, en ce qui concerne les fruits perçus, oui pour ceux dont la perception a été négligée ; nous préférerions appliquer l'art. 70.

b) *Ses impenses, en tant qu'il ne peut s'en faire indemniser par le tiers qui l'évince* (cfr. art. 74). Le C. O. ne prévoit le remboursement que des impenses utiles et nécessaires. Quant aux impenses voluptuaires, le vendeur de bonne foi ne les doit point, sous réserve du *jus tollendi* de l'art. 74, al. 2. Le vendeur de mauvaise foi, lui, est obligé à la réparation intégrale du préjudice et, par conséquent, même des impenses voluptuaires, si elles ne sont pas bonifiées à l'acquéreur, s'il y avait eu impossibilité de les enlever. Si c'est l'acheteur qui est de mauvaise foi, il n'a pas de recours en garantie à moins de convention expresse (cfr. art. 236). Il est presque inutile de répéter que l'acheteur n'a jamais droit à ses impenses que dans la mesure où l'évinçant n'a pas dû lui en tenir compte.

c) *Tous les frais du procès, tant judiciaires qu'extra-judiciaires, à l'exception de ceux qu'il aurait évités en appelant en cause le vendeur*. Il s'agit des frais faits à l'occasion du procès en revendication ensuite duquel l'acquéreur a été évincé, les siens et, le cas échéant, ceux de sa partie adverse. L'art. 1630, chif. 3, C. civ. fr. mettait aussi « les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur » à la charge du vendeur ; notre loi abandonne ce point à la procédure cantonale. Si le vendeur réussissait à démontrer que l'appel en cause (cette formalité ayant été omise) eût abrégé le procès ou l'eût arrêté d'emblée, il pourrait être exonéré partiellement ou même en totalité des frais de l'instance en revendication.

d) *Tous autres dommages et intérêts résultant directement*

de l'éviction (cfr. art. 116), — en particulier, les frais et loyaux coûts du contrat, droits de timbre et d'enregistrement, honoraires du notaire qui a instrumenté, mais non la plus-value qui résulterait de nouvelles conditions économiques existant lors de l'éviction, ceci constituant un dommage indirect.

Nous trouvons en outre, à la fin de l'art. 241, la disposition générale suivante : *Si le vendeur est en faute*, — à plus forte raison, en cas de dol — *il peut être tenu, conformément à l'article 116, de plus amples dommages et intérêts.*

307. 2° *En cas d'éviction partielle*. Il est possible, ou bien que l'acheteur soit évincé d'une partie aliquote ou matériellement déterminée de la chose vendue, ou bien que l'éviction résulte de charges réelles grevant la chose et non déclarées par le vendeur (droit de gage). *En cas d'éviction partielle*, dit l'art. 242, *ou lorsque la chose est grevée d'une charge réelle dont le vendeur est garant, l'acheteur ne peut pas demander la résiliation du contrat; il a seulement droit aux dommages et intérêts qui résultent pour lui de l'éviction* (al. 1). Telle est la règle générale. L'acheteur évincé partiellement n'a, en principe, qu'une action en indemnité, au moyen de laquelle il pourra réclamer essentiellement la valeur de la partie évincée au temps de l'éviction (non pas une somme proportionnelle au prix total de la vente), plus les intérêts dès la même époque si le prix avait été payé, ou une diminution correspondante du prix en cas de non paiement, et, sauf sans doute à tenir compte d'une partie des fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir. Et maintenant, voici l'exception : *Toutefois, il peut faire résilier la vente, lorsque les circonstances sont telles qu'il n'eût probablement point acheté s'il avait prévu l'éviction partielle. Il doit alors rendre au vendeur la partie de la chose dont il n'a pas été évincé, avec les fruits et accroissements* (ou la chose elle-même, grevée de son droit réel). *Les dommages et intérêts se règlent, par analogie, d'après les dispositions de l'article 241* (al. 2). L'acheteur n'a donc le choix entre l'action en résiliation avec indemnité (cfr. art. 241), et le maintien du contrat avec dommages et intérêts pour la perte subie par suite de l'éviction partielle, qu'autant que la partie évincée ou la charge réelle découverte après coup est de telle importance relativement au tout, qu'il n'eût point acheté s'il avait pu prévoir l'éviction. C'est là une pure question de fait. Il est évident, au surplus, que le droit d'opter entre le maintien ou la résiliation de la vente, dans l'espèce de l'art. 242, al. 2, appartient exclusivement à l'acheteur ou à ses ayants-droit. Le vendeur ne peut d'ailleurs demander, de son chef, la résiliation du contrat. Il est non moins certain que le vendeur, au lieu de payer des dommages et intérêts à l'acheteur, peut remplacer la partie évincée de la chose, ou éteindre la charge réelle grevant l'objet vendu, et échapper

ainsi aux effets de la garantie, à moins que sa demeure (cfr. art. 125) ne libère l'acheteur de l'obligation d'accepter une livraison tardive.

308. Nous avons déjà anticipé sur la matière de l'*extinction* de l'action en garantie, en expliquant l'art. 235. Nous nous bornerons dès lors à énumérer les causes d'extinction, qui sont :

1° La *perte totale* de la chose, sans faute imputable au vendeur (cfr. cependant art. 254, al. 2) ;

2° La *renonciation* au droit d'exercer le recours ; cfr. art. 239 ;

3° La *prescription* du recours, qui s'accomplit par *dix ans* à compter de l'éviction aux termes de l'art. 146, al. 1.

B. *Garantie des défauts cachés de la chose vendue.*

309. Il importe avant tout de s'arrêter aux *caractères* de cette garantie. C'est une possession à la fois utile et paisible que le vendeur doit procurer à l'acheteur. Pour que cette possession soit utile, il est nécessaire que la chose vendue ne soit pas affectée de défauts cachés et non déclarés, qui en diminuent ou compromettent l'usage. Aussi bien la loi impose une responsabilité au vendeur quant aux *vices rédhibitoires,* — expression sous laquelle on désigne ces défauts cachés.

La garantie des art. 243 et s. [1] est *de droit*, comme celle due en cas d'éviction.

310. L'art. 243, qui énonce le principe général en cette matière, est applicable en ce qui concerne les défauts de *choses corporelles* et non point de créances, même de titres au porteur [2]. Il dispose : *Le vendeur est tenu de garantir l'acheteur, tant à raison des qualités promises qu'à raison des défauts qui enlèvent à la chose sa valeur ou son utilité prévue, ou qui les diminuent sensiblement. Il en est tenu, encore qu'il ignorât ces défauts.*

Notre article parle incidemment de la *garantie de fait*, qui porte sur les « qualités promises », et dont l'étendue se règle d'après les stipulations des parties ; le vendeur n'est, cela va sans dire, responsable que de l'existence, au moment de la vente (à moins de convention différente), des qualités promises et non pas des cas fortuits qui les anéantiraient après coup [3]. Les premiers projets ajoutaient,

[1] Ces articles s'appliquent en matière de *commerce du bétail*, à défaut de dispositions particulières du droit cantonal ou du Concordat ; voir ad art. 890.

[2] *R. j. f.* VII, 109. *Bucher*, l. c. n° 915.

[3] *R. j.* V, 286 ; *A. T. F.* XXII, 129 (dont il résulte que l'art. 246 notamment est applicable dans le cas de défaut des qualités promises) ; cfr. *ibid.*, XXVI², 791 et s., 798 et s.

sur ce point, la prescription suivante au texte de la loi : « L'éloge usité dans le commerce de la marchandise *(sic)* par le vendeur, ne doit pas être assimilé, en l'absence d'autres éléments, à une garantie de qualités déterminées ». Cette phrase a été supprimée. Il n'est cependant pas douteux que la réclame, écrite ou verbale, n'implique à l'ordinaire pas une garantie de fait ; sans cela, on n'imagine point comment vivraient certaines industries. Une réclame déloyale, frauduleuse, pourrait néanmoins être atteinte, en ce sens que l'on serait fondé à y voir des qualités réellement « promises ». Disons ici, en passant, que, même dans le *commerce du bétail* (cfr. art. 890), si des qualités ont été promises, c'est l'art. 243 qui sera pris en considération, et non pas le Concordat de 1852 ou des lois spéciales des cantons[1] ; ce Concordat n'est, au reste, pas applicable à la vente du bétail de boucherie[2].

311. Mais c'est de la *garantie de droit* que traite essentiellement l'art. 243. Comme sous l'empire du C. civ. fr., le vendeur est tenu, sauf convention contraire, de livrer la chose vendue en qualité marchande[3], les défauts d'importance minime ne donnant, en principe, pas lieu à garantie. Le texte précité s'applique d'ailleurs seulement lorsque la chose est affectée de vices rédhibitoires, et non lorsqu'elle est livrée *d'une autre espèce* que celle prévue (laine au lieu de coton, vin de La Côte au lieu de vin de Lavaux, café du Brésil au lieu de café de Sumatra, etc.) ; l'acheteur peut, dans un cas pareil, exiger l'exécution même du contrat, ou encore accepter la livraison non conforme, sauf ici, à invoquer, lorsque les circonstances l'y autorisent, les art. 18 et s. C. O.[4] Cela dit, nous revenons à l'art. 243. Pour que l'on puisse parler de vices rédhibitoires dans le sens de la loi, de vices susceptibles d'entraîner une action en résiliation du contrat ou en réduction du prix, il faut qu'ils présentent certains caractères :

1° *Etre cachés*, du moins à l'acheteur, car il importe peu que le vendeur les ait connus ou non, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi (cfr. toutefois art. 244). Ceci résulte de l'art. 245 ainsi conçu : *Le vendeur n'est pas tenu des défauts que l'acheteur connaissait au moment de la vente. Il n'est tenu des défauts dont l'acheteur aurait pu s'apercevoir lui-même avec une attention suffisante, que s'il a affirmé qu'ils n'existaient pas.* Le vendeur n'est pas obligé à garantie pour les défauts *apparents*, c'est-à-dire ceux que l'acheteur aurait pu constater ou découvrir lui-même s'il avait fait preuve d'une « attention suffisante » (le texte allemand parle de :

[1] *J. d. T.* XXXIII, 528.
[2] *H. E.* VIII, 46 ; voir plus haut, n° 293, chif. 4.
[3] *R. j.* V, 58.
[4] *Hafner*, ad. art. 243, ainsi que les arrêts et les auteurs cités.

gewöhnlich, — ordinaire). C'est au vendeur qu'il incombe d'établir que l'acheteur connaissait ou aurait dû connaître, au moment de la vente, tel ou tel défaut dont il n'a d'ailleurs pas certifié l'inexistence. Pour invoquer l'art. 245, il ne s'agit pas de savoir si un défaut de la chose vendue aurait été immédiatement reconnaissable pour un expert se livrant à un examen attentif, mais bien s'il l'aurait été pour une personne y consacrant cette attention que l'on peut attendre de quiconque ne se rend pas coupable d'une négligence grave[1].

2° *Etre inconnus de l'acheteur*[2]. Nous avons déjà touché cette question sous chif. 1. L'acheteur qui les connaît — il ne suffirait pas qu'il eût pu les soupçonner — et qui contracte quand même, renonce implicitement à son droit d'être garanti, sauf le cas de l'art. 245 *in fine* et celui où le vendeur aurait, même sans affirmation que la chose n'était pas affectée de défauts ou de tels défauts particuliers, engagé par ses manœuvres l'acheteur à ne pas vérifier ou à ne vérifier que sommairement les qualités apparentes de l'objet vendu[3]. L'acheteur n'a pas à établir, nous le savons, que les défauts lui étaient inconnus ; la preuve qu'il les connaissait incombe au vendeur.

3° *Enlever à la chose sa valeur ou son utilité prévue, ou les diminuer sensiblement.* Ceci est avant tout une question de fait ; la preuve est à la charge de l'acheteur. Les défauts doivent occasionner un dommage notable à l'acquéreur ; ils ne constituent pas des vices rédhibitoires, s'ils ne font perdre à la chose qu'une partie insignifiante de sa valeur ou de son utilité prévue, un peu de son agrément par exemple. Mais si vous me vendez une montre, il est bien entendu qu'elle indiquera l'heure à peu près exactement[4] ; ou si c'est du vin, qu'il ne sera pas nuisible à la santé[5], ou que les tonneaux dans lesquels vous me l'aurez expédié ne l'auront pas gâté, à raison de leur malpropreté[6], etc.

4° *Exister au moment de la vente*, puisque dès cette époque les risques[7], les cas fortuits, passent à l'acquéreur ; il en est autrement pour la vente de *choses fongibles* et de *choses à expédier dans un autre lieu* (cfr. art. 204), où c'est la date de l'*individualisation* ou du *dessaisissement* qui est déterminante. Quant aux dé-

[1] *A. T. F.* XI, 372 et s., XII, 622 ; cfr. *ibid.* XV, 319.
[2] *A. T. F.* XV, 798 ; cfr. *ibid.* XVIII, 901.
[3] *R. j. f.* V, 102.
[4] *R. j.* I, 171.
[5] *H. E.* VIII, 49. *J. d. T.* XXXV, 105.
[6] *H. E.* VII, 56.
[7] *J. d. T.* XXXIX, 577 et s. (arrêt du T. F., du 8 Mai 1891 : bien qu'en principe les risques du transport soient à la charge de l'acheteur, le vendeur n'en est pas moins responsable des conséquences d'un emballage défectueux).

fauts cachés ***inhérents à la nature de la marchandise*** et que l'acheteur a ignorés, le vendeur en répond jusqu'à la réception (cfr. art. 246). L'existence des défauts à l'une ou à l'autre des époques indiquées doit être prouvée par l'acheteur.

312. Nous avons, à l'art. 244, une disposition qui se rapproche de celle de l'art. 237, avec cette différence caractéristique que les mots « à dessein » — *absichtlich* — de ce dernier article sont remplacés ici par le mot « frauduleusement » — *arglistig*. Ce n'est pas sans motifs que le législateur a employé deux expressions distinctes dans deux espèces qui paraissent, au fond, identiques.

Le vice rédhibitoire, en effet, est en thèse générale plus préjudiciable au vendeur que le risque d'éviction. Il ne suffira donc pas que le vendeur ait connu les défauts et ne les ait pas déclarés à dessein, il faudra encore qu'il ait agi avec dol, qu'il ait cherché à les dissimuler, qu'il en ait contesté l'existence, dans l'intention de se créer un avantage en causant un tort à l'acquéreur. Cela dit, nous n'avons plus qu'à transcrire l'art. 244 : *Toute clause qui supprime ou restreint la garantie est nulle, si le vendeur a frauduleusement caché à l'acheteur les défauts de la chose* (cfr. art. 114).

313. Comme en matière d'éviction, la loi énumère les *conditions* auxquelles est subordonné l'*exercice* du recours en garantie à raison des défauts cachés, les conventions contraires des parties étant d'ailleurs réservées. Notre article 246[1], qui est emprunté à l'art. 347 C. com. allem., prescrit : *L'acheteur doit vérifier l'état de la chose reçue*[2], *aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires ; et s'il découvre des défauts dont le vendeur est garant* (cfr. art. 243-245), *il doit l'en informer sans délai* (al. 1). Mais il n'est pas tenu de mettre à disposition, de laisser pour compte.

Il importe de procéder à cette vérification — *usuelle* ; cfr. art. 246, alin. 2, — le plus tôt possible, et cette obligation naît avec la livraison au lieu convenu ; c'est donc l'état de la chose au moment de la livraison qui est déterminant à cet égard, quoiqu'au demeurant le vendeur ne soit pas, dans tous les cas, responsable de tous les vices existant à cette époque (cfr. art. 204 et n° 311, chif. 4). Ce sera au juge à décider si cette vérification a été faite à temps, ou si elle est tardive ; l'acheteur devra prouver, si son co-contractant lui reproche

[1] Cfr. art. 248, 357 al. 1, 462 al. 2 ; cfr. *A. T. F.* XI, 372, XVII, 314, 277, XVIII, 348, XX, 1068, XXII, 129, 498, etc.

[2] *Reçue*, c'est-à-dire *délivrée*, en ce sens que le vendeur a abandonné la détention *(Gewahrsam)* de la chose, et que l'acheteur ou son représentant a été mis en état d'en disposer (arrêt du T. F., du 15 Février 1895, cité par *Hafner*, 120, note 3).

de ne s'être pas conformé à l'art. 246, que les vices n'étaient pas reconnaissables dans le délai usuel et il ne pourrait invoquer, à titre d'excuse, son absence, ou sa maladie[1]. La règle de notre article a été inspirée par les nécessités de la vie commerciale. Il n'est pas admissible que l'acheteur allègue, après des mois ou des années, que la marchandise reçue est affectée de vices rédhibitoires. Et puis, comme le dit M. Munzinger : « Il arrive souvent que le destinataire aurait de justes motifs de refuser la marchandise, qu'il ne rebute pas à raison de conjonctures favorables. Si celui qui a reçu la marchandise n'était pas obligé de déclarer qu'il la refuse, il pourrait, sous la protection de cette dispense, voir venir les conditions du marché, faire tourner à son profit les conjonctures favorables et rejeter les mauvaises sur le vendeur ». Dans les cas de vente par *livraisons successives*, l'obligation de vérifier et, s'il y avait lieu, de faire constater l'état de la chose reçue, ainsi que de signaler les défauts cachés, incombe à l'acheteur pour *chaque livraison;* cfr. art. 255, dont il résulte, en particulier, que si l'une ou l'autre, ou plusieurs livraisons ont été défectueuses, l'acheteur n'est en droit de se départir de la convention que si l'on doit nécessairement inférer de la non-conformité de la marchandise avec les clauses de la vente sur ce point, que le vendeur sera incapable d'exécuter le contrat à l'avenir[2].

314. Examinons de plus près les deux obligations imposées à l'acheteur pour la conservation de son droit de recours :

1° *Il doit vérifier à bref délai l'état de la chose*, c'est-à-dire les qualités matérielles de l'objet livré, car l'art. 246 n'est pas applicable lorsqu'il y a seulement défaut de *quantité* (cfr. art. 18 et s.); la durée du délai dépendra de la nature des marchandises ou, peut-être, de la convention des parties[3]. Il n'y est cependant pas tenu lui-même, dans certains cas où il est convenu, expressément ou tacitement, que l'acquéreur n'aura pas à verifier pour son compte et que la qualité de la marchandise est abandonnée à l'appréciation des clients de l'acheteur (ainsi dans les ventes de marchandises destinées à être revendues sans avoir été ouvertes ou déballées[4]). Il vérifiera, au reste, de la manière généralement usitée, et son examen ne portera pas uniquement sur les défauts apparents. Si, par exemple, la qualité de la farine achetée ne peut être déterminée qu'après que celle-ci a été convertie en pain, il y a lieu de procéder

[1] *H. E.* VI, 253.
[2] *J. d. T.* LII, 418 et s. (arrêt du T. F., du 25 Mars 1904); cfr. *A. T. F.* XVII, 313, XXVI², 716 et s.
[3] *A. T. F.* XVIII, 350; cfr. *ibid.* XVII, 314 (commencement du délai), XX, 1064, XXIII, 1821 et s. *Staub*, 876 et s.
[4] *H. E.* IX, 35.

à un essai aussitôt que cela est possible d'après la marche habituelle des affaires. S'il s'agit de vin, il conviendra de le mettre en perce sans retard, de le goûter (ce qui est le mode usuel de vérification), ou de le faire expertiser, mais la dégustation faite seulement un mois après la livraison paraîtrait tardive[1]; si le vin était nuisible à la santé, l'acheteur se serait conformé à l'art. 246 en donnant l'avis prévu au 2e al. de cette disposition légale, non seulement après dégustation, mais après qu'il aurait ressenti[2], ou que des clients lui auraient fait connaître les douleurs produites par l'usage de cette boisson. S'il s'agit de lait fourni pendant tout un été, l'acheteur n'aura sans doute, malgré ce que nous avons dit sous nº 313 *in fine*, qu'à le vérifier de temps en temps et non pas à chaque livraison. Quand les marchandises achetées parviennent à l'acquéreur dans plusieurs colis ou ballots, le contenu de chacun de ces colis ou ballots doit être vérifié, à moins qu'il ne soit permis, d'après les circonstances, de supposer une analogie parfaite entre les diverses parties de la livraison (cfr. art. 255). Il est évident enfin que, si la marchandise livrée n'est pas, déjà à d'autres égards, conforme au contrat, une vérification n'est pas indispensable; si néanmoins l'acheteur ne réussit pas à établir ce défaut de conformité, il ne pourrait plus se baser sur d'autres vices rédhibitoires qu'il aurait négligé de signaler à temps[3]. Voir encore art. 254.

En cas de contestation, la preuve de la mauvaise qualité s'effectuera d'après les règles de la procédure cantonale, soit, sans doute, par une expertise. Ajoutons que si l'acheteur s'en est remis à un *tiers*, pour la constatation des défauts, il est lié par la vérification de son représentant[4].

MM. Schneider et Fick rappellent que, dans certains genres d'articles, il est d'usage que le vendeur expédie à l'acheteur un échantillon avant la marchandise elle-même, pour le mettre à même d'accélérer la revente. Ainsi, dans le commerce du coton. Ici, la vérification et les réclamations se feront lors de la réception de l'échantillon et non lors de celle de la marchandise, sous réserve de l'action ou de l'exception fondée sur la non-conformité de l'échantillon avec la marchandise.

2º *Il faut que le vendeur soit informé sans délai des défauts découverts* (cfr. art. 248), cette obligation cessant, d'après la jurisprudence[5], lorsque le vendeur a déclaré qu'il reprendrait la mar-

[1] *J. d. T.* XLI, 432.

[2] *R. j. f.* V, 53; cfr. *J. d. T.* LII, 418 et s., arrêt du T. F., du 25 Mars 1904 (on ne peut tenir la marchandise pour acceptée, uniquement parce que l'acheteur en a revendu une partie, qui d'ailleurs n'a pas tardé à lui être retournée).

[3] *R. j.* III, 91; cfr. *A. T. F.* XIII, 196. — *Contra*, *R. j.* V, 85.

[4] *A. T. F.* XXI, 865 et s.

[5] *A. T. F.* XV, 320.

chandise si elle n'était pas bonne, car l'acheteur pourrait alors la retourner ou la mettre à disposition sans l'avis spécial exigé par l'art. 246 al. 1 (il sera prudent néanmoins, même dans cette hypothèse, de procéder suivant la loi). Certaines législations fixent un délai pour l'avis en question, mais il est préférable de s'en rapporter à la sagesse du juge, plutôt que d'adopter un délai trop long ou trop court suivant telles circonstances données. Notre Code n'exige point que l'avis soit détaillé (ni non plus qu'il parvienne réellement à destination, s'il a été expédié), pourvu qu'il renseigne exactement le vendeur sur les vices rédhibitoires de la marchandise. Toujours est-il que les défauts essentiels doivent être signalés; une simple déclaration, en termes généraux, que l'acheteur n'est pas satisfait de la livraison est insuffisante[1]. Il en serait autrement, dans le cas d'une *vente sur échantillon*, où l'on pourrait se borner à informer le vendeur que l'échantillon n'est pas conforme à la commande et où la preuve de la conformité incombera au vendeur, une fois la marchandise mise à la disposition de ce dernier par son cocontractant[2]. En somme, et sauf cette exception, si l'avis n'est pas nécessairement détaillé, il faut qu'il soit précis.

A défaut d'avis donné au vendeur selon l'art. 246, al. 1, la chose est *tenue pour acceptée* (voir cependant les art. 247 et 258), à moins que l'acheteur n'en ait pu découvrir les vices à l'aide des vérifications « usuelles ». C'est ce qui ressort de l'art. 246, al. 2 : *S'il* (l'acheteur) *néglige de le faire* (de donner son avis en temps utile), *la chose est tenue pour acceptée, à moins qu'il ne s'agisse de défauts que l'acheteur ne pouvait découvrir à l'aide des vérifications usuelles. Si des défauts de ce genre se découvrent plus tard, ils doivent être signalés immédiatement; sinon la chose est tenue pour acceptée, même quant à ces défauts-là* (cfr. art. 258). La conséquence de l'omission d'un avis est donc (sauf l'art. 247) une déchéance encourue par l'acheteur, qui n'est plus autorisé

[1] *A. T. F.* XXI, 570 et s. (c'est à lui qu'il incombe de prouver que la notification a eu lieu en due forme et en temps utile; elle doit être assez précise et assez complète pour que le vendeur puisse apprécier la nature et l'importance des défauts), XXII, 490 et s.

[2] Quelques décisions de la jurisdrudence : *R. j.* IV, 28 (vente de papiers peints, réclamation au bout de 9 jours, pas tardive); *R. j. f.* VIII, 25 (achat d'un cheval le 5 Novembre; expertise le 26 même mois alors qu'on aurait pu y procéder plus tôt; avis tardif); *ibid.* III, 154 (vente d'*aciers*; l'essai n'est pas fait habituellement par le négociant qui les achète, mais par l'ouvrier qui les travaille : avis à temps utile si, fût-ce des mois depuis la livraison, — cfr. art. 246, al. 2 — il a suivi immédiatement les réclamations des clients), *A. T. F.* XXII, 129 et s. (l'acheteur est tardif si, le *vin* vendu ayant été expertisé, il attend 16 jours avant de notifier les défauts révélés par l'expertise), *J. d. T.* LII, 418 et s., arrêt du T. F., du 25 Mars 1904 (*jambons*; l'acheteur peut attendre les réclamations des clients, sans vérifications spéciales, et la notification des défauts après 21 jours n'est pas tardive, si elle a eu lieu immédiatement après la découverte).

à *actionner* en garantie; il n'a plus de voie ouverte, et sous certaines conditions, que celle de l'*exception* en vertu de l'art. 258 déjà cité. Quoi qu'il en soit, l'acquéreur n'est tenu de dénoncer, aussitôt après réception de la marchandise, que les défauts se révélant après une vérification « usuelle », — c'est-à-dire, qui ne modifiera ni l'état, ni l'apparence de la chose vendue et n'en diminuera pas sensiblement la valeur. La loi ne lui enjoint pas d'examiner d'assez près la marchandise ou de la faire expertiser de manière que tous les défauts possibles soient constatés dès cette première vérification. Les vices assez cachés pour ne se manifester que plus tard, ou pour n'apparaître qu'à des experts, ou à des clients (ciment, chaux hydraulique, cigares, par exemple[1]), obligent à garantie, moyennant qu'ils soient signalés au vendeur aussitôt découverts. Quand les défauts ont été portés à la connaissance du vendeur, la sanction est la même que dans l'espèce de l'art. 246, al. 1 (cfr. art. 249 et s.). Il est bien entendu qu'un paiement du prix, sans réserves, constitue une acceptation des marchandises[2].

315. Pour d'autres cas rentrant dans le cadre de l'art. 246, nous renvoyons à la note ci-dessous[3].

316 Cependant, et malgré l'art. 246, la chose *n'est pas tenue pour acceptée* dans les circonstances prévues comme suit à l'art. 247: *Le vendeur qui a sciemment induit en erreur l'acheteur ne peut se prévaloir de la limitation de responsabilité établie en l'article précédent*[4]. En d'autres termes, l'obligation à garantie subsiste, malgré l'inaction ou la négligence de l'acquéreur, à l'encontre du vendeur coupable d'un dol. Le Code entend ici un dol purement civil, qui peut consister aussi en ce que des défauts ont été tus frauduleusement; mais la simple connaissance, par le vendeur, des défauts de la chose ne suffit point, à moins qu'il n'ait dû les supposer tels au moment du contrat que l'acheteur ne pouvait les remarquer. Il se peut, au reste, que l'acheteur accepte la marchandise, même après avoir constaté le dol, soit expressément, soit tacitement.

Dans l'hypothèse de l'art. 247, l'action en garantie se prescrit par *dix ans* seulement (cfr. art. 146; le délai de l'art. 147 ne saurait jamais entrer en ligne de compte, malgré l'opinion de MM. Schneider et Fick), tandis, qu'en l'absence de toute fraude, elle se prescrit

[1] *R. j. f.* XIX, 33; voir note précédente.

[2] *A. T. F.* XXVIII², 511.

[3] Outre les cas cités dans le texte ou en note, voir: *A. T. F.* XI, 370, XIII, 196 et s. *Zeitsch. des bern. J. V.* XXIV, 456. *H. E.* VIII, 151, et, notamment, *J. d. T.* LII, 418 et s. (arrêt du T. F., du 25 Mars 1904).

[4] *A. T. F.* XX, 1064 et s., XXIII, 192, XXVI², 551 et s. *R. j. f.* XIII, 61.

par l'expiration du délai d'avertissement de l'art. 246 (cfr. toutefois art. 257 et 258).

317. Les art. 246 et 247 ne préjugent en rien la question de savoir si une vente est, ou non, annulable, pour cause d'erreur, de dol ou de violence, dans le sens des art. 18 et s. C. O.

318. Nous possédons des règles particulières sur ce que les Allemands appellent : le *Distanzkauf*, à propos duquel nous dirons, au préalable, que, dans cette matière, il n'y a pas lieu de distinguer, au point de vue de l'*onus probandi*, entre les défauts apparents que l'acheteur aurait négligé de faire constater régulièrement lors de la réception (art. 248, al. 2) et les défauts cachés qui se sont révélés dans la suite ; le fardeau de la preuve que les défauts existaient au moment de la réception déjà incombe à l'acheteur dans les deux espèces. L'art. 248 lui-même est ainsi conçu : *Lorsque l'acheteur prétend que la chose expédiée d'un autre lieu est défectueuse, il doit, si le vendeur n'a pas de représentant sur place, prendre provisoirement des mesures pour en assurer la conservation ; il ne peut pas la renvoyer au vendeur sans autre formalité* (al. 1). Si le vendeur a un représentant sur place, l'acheteur est uniquement obligé de l'aviser selon l'art. 246, et c'est alors au vendeur lui-même qu'il appartient de prendre des mesures conservatoires. Dans le cas contraire visé par l'art. 248, l'acheteur devient en quelque sorte un dépositaire de la chose vendue (cfr. art. 475 et s.), — quoiqu'il reste tenu d'observer l'art. 246. Mais comme les mesures conservatoires sont ordonnées et seront prises dans l'intérêt du vendeur, celui-ci en paiera les frais, qui seront peut-être la source d'un droit de rétention sur la marchandise en faveur de l'acheteur. Ce dernier n'est d'ailleurs pas seulement obligé de mettre la chose vendue en lieu sûr, de veiller à ce qu'elle ne se perde ni ne se détériore, il doit encore sauvegarder les droits du vendeur à l'égard du voiturier ; il n'est pas autorisé notamment à compromettre le recours de l'expéditeur contre le voiturier, pour dommage causé pendant le transport, en acceptant la marchandise et en acquittant les frais de transport (cfr. art. 433, 462), quand la chose est affectée de vices apparents[1]. L'acheteur ne peut non plus, sans s'exposer à être responsable, pour débours inutiles par exemple, renvoyer simplement la marchandise au vendeur, sans le prévenir et sans attendre ses ordres pendant un délai raisonnable. Si les marchandises pouvaient être retournées sans autre formalité, sur la seule constatation (par l'une des parties) de défauts qui peut-être ne sont pas des vices rédhibitoires, il en résulterait de graves incon-

[1] *R. O. H. G.* (1re pér.), II, 328, VI, 107. *Staub*, 901 et s. Voir note précédente.

vénients pour le commerce (frais de transport en pure perte, détérioration de la chose vendue, etc.).

Toujours dans la supposition que le vendeur n'a pas de représentant sur place, la loi ajoute : *Il* (l'acheteur) *doit de plus en faire constater l'état régulièrement et sans retard, à peine d'avoir à prouver lui-même que les défauts allégués existaient déjà lors de la réception*[1] (art. 248, al. 2). Ce texte se rapporte, comme il résulte de sa concordance avec l'art. 248, al. 1, au cas dans lequel l'acheteur refuse dès le début, comme inacceptable, la marchandise envoyée. Par qui, maintenant, se fera la constatation légale? Le Code n'en dit rien, abandonne en conséquence les formes à suivre à l'appréciation de l'acheteur. On pourrait inférer du mot « régulièrement », qu'il y a lieu d'observer la procédure cantonale. Mais le texte allemand ne parle que de « faire constater convenablement » — *gehörig*, — ensorte que l'acheteur est libre. Il requerra des témoins, ou s'adressera à l'autorité judiciaire (ce parti est le plus sûr), soit pour qu'elle se charge elle-même de l'examen, soit pour qu'elle désigne des experts si des connaissances techniques sont indispensables. Cette constatation unilatérale ne lie pas le vendeur, qui peut en contester les résultats au moyen d'une nouvelle expertise contradictoire. Si néanmoins elle a eu lieu en temps utile, c'est désormais au vendeur qu'il incombe de prouver que les défauts n'existaient pas avant l'expédition (cfr. art. 204) s'il s'agit de vices causés par cas fortuit, ou avant la réception s'il s'agit de vices inhérents à la nature de la marchandise. A défaut de cette vérification, le fardeau de la preuve est imposé à l'acquéreur.

Les obligations de ce dernier sont encore plus étendues dans l'espèce de l'art. 248, al. 3 : *S'il est à craindre que la chose ne se détériore promptement, l'acheteur a le droit, et même, lorsque l'intérêt du vendeur l'exige, l'obligation de la faire vendre avec le concours de l'autorité compétente du lieu où elle se trouve. Il doit porter le plus tôt possible* (avant la vente, s'il le peut) *ces faits à la connaissance du vendeur, sous peine de tous dommages et intérêts.* Cette vente étant prescrite dans l'intérêt du vendeur, elle n'aura pas lieu s'il s'y oppose. Elle ne sera faite, au surplus, que si la chose est sujette à prompte détérioration (le vendeur n'ayant pas de représentant sur place); et, s'il y avait contestation, ce serait à l'acheteur d'établir qu'il a agi dans les termes de l'art. 248, al. 3. Lorsque la chose ne trouve pas d'amateurs, l'autorité (cantonale) compétente ordonnera les mesures destinées à causer le moins de préjudice au vendeur.

319. Si, dans le cas de l'art. 248, le vendeur est en demeure

[1] A. *T. F.* XV, 799 et s., XVIII, 350, XX, 975, *J. d. T.* LII, 427 et s. (arrêt du T.F., du 25 Mars 1904).

relativement à la reprise des marchandises affectées de vices rédhibitoires et refusées par l'acheteur, celui-ci pourra procéder en vertu des art. 107 et 108.

320. Nous pouvons passer aux *effets de la garantie*.

Deux actions s'offrent au choix de l'acquéreur : l'*actio redhibitoria* et l'*actio quanti minoris* des Romains, la première tendant à la résolution de la vente, la seconde à la restitution ou à la réduction du prix dans la mesure de la diminution de valeur provenant de l'existence de défauts cachés. La *preuve* est, en général, à la charge de l'acquéreur qui introduit l'une ou l'autre de ces actions : si le vendeur recherche l'autre partie en paiement du prix, il doit, naturellement, établir que, de son côté, il a exécuté ses obligations, sauf à son co-contractant à exciper du chef des art. 243 et s.

Lorsque, dit l'art. 249, *il y a lieu à garantie à raison des défauts de la chose, l'acheteur a le choix de faire résilier la vente, ou de réclamer par l'action en réduction de prix une indemnité pour la moins-value*. Ce droit d'option n'est pas aussi absolu que le laisse entendre l'art. 249, et la loi ne le confère que sous certaines réserves, sans préjudice de la faculté accordée à l'acheteur de réclamer la rescision aux termes des art. 18 et s. L'acquéreur, au surplus, n'est pas obligé de se prononcer, dès sa première réclamation, en faveur de l'une ou de l'autre des actions que lui accorde notre texte[1]. Mais il importe de distinguer :

1° *Lorsque la moins-value est égale au prix de la vente, l'acheteur ne peut demander que la résiliation* (art. 251). La solution de cet article, qui s'applique également aux ventes de choses fongibles[2], se justifie d'elle-même ; l'acheteur n'a aucun intérêt à l'action en réduction de prix, puisque la chose est sans valeur pour lui. M. Haberstich s'est demandé ce qui arriverait si des vices, découverts successivement, produisaient *ensemble* une moins-value égale au prix de vente. Si le vendeur n'est actionné qu'après la découverte de tous les défauts, le juge prononcera nécessairement la résiliation ; sinon, il prononcera la résiliation ou la réduction du prix au cours du premier procès, et, s'il s'arrête d'emblée à la première alternative, les défauts ultérieurement constatés sont sans importance ; si le juge a commencé par réduire le prix, il pourra ensuite user de la faculté que lui laisse l'art. 250. Mais de pareilles difficultés se présenteront rarement dans la pratique.

2° *(Toutefois), dans le cas où l'acheteur a demandé la résiliation du contrat, le juge peut, s'il estime que cette demande n'est pas justifiée par les circonstances, se borner à prononcer la ré-*

[1] *R. j. f.* XIII, 108 ; cfr. *A. T. F.* XXIII, 1032 et s.
[2] *A. T. F.* XIV, 476 et s.

duction du prix (art. 250). Cet article concerne, comme le précédent, la vente de corps certains et de choses fongibles[1] (cfr. art. 252). Le juge recourra à la faculté que lui laisse la loi[2], lorsque les défauts seront de peu d'importance et que l'acheteur pourra, malgré ces défauts, tirer de la marchandise le parti en vue duquel il en a fait l'acquisition. Si cependant les vices critiqués par l'acheteur sont de ceux prévus à l'art. 243, l'acheteur ayant en principe le choix entre les deux actions précitées, il convient de décider que les frais du procès ne pourront être mis à sa charge, dans l'hypothèse où il aurait intenté l'action rédhibitoire (ce qui était son droit) et où le juge n'aurait admis que la réduction du prix ; il fera bien de conclure éventuellement en réduction, car ce point est susceptible de controverse. La réduction du prix ne portera pas, au demeurant, sur les défauts que l'acheteur aurait pu constater en opérant la vérification « usuelle » de l'art. 246 et qu'il n'aurait pas déclarés en temps utile[3].

3° *Si la vente est d'une quantité déterminée de choses fongibles, l'acheteur a le choix, soit de demander la résiliation ou la réduction du prix, soit d'exiger d'autres choses recevables de même espèce* (art. 252, al. 1). Cette disposition complète les précédentes pour le cas spécial de la vente d'une « quantité déterminée de choses fongibles ». Notre loi permet exceptionnellement[4] à l'acheteur de choses fongibles de choisir entre l'action rédhibitoire, l'action en réduction du prix et un troisième moyen consistant dans le droit de demander au vendeur la délivrance de choses de même espèce, en qualité marchande. Le Code fédéral autorise, d'autre part, le vendeur de choses fongibles à s'acquitter de son obligation par la livraison de choses de la même espèce, mais lors de *vente sur place* seulement. Cette solution est motivée par le fait qu'il serait peu équitable que l'acheteur pût, en cas de baisse des prix, se dégager d'une affaire à raison de l'existence d'un vice rédhibitoire, et qu'au surplus l'acheteur, qui reçoit sur place et sans retard de la marchandise loyale, — *währhaft*, « recevable », — au lieu de la marchandise avariée ou défectueuse, ne subît aucun dommage (si le vendeur était en retard de livrer une seconde fois, les art. 123 et s. et 234 pourraient être invoqués par l'acheteur). L'art. 252, al. 2, nous enseigne, en effet, que : *Le vendeur peut également, s'il ne s'agit pas de choses expédiées d'un autre lieu, s'affranchir de toute réclamation de la part de l'acheteur en lui livrant sur-le-champ des choses recevables de même espèce, et en l'indemnisant des dommages qu'il peut avoir éprouvés.* On a restreint cette dispo-

[1] *A. T. F.* XIV, 474 et s.; cfr. *ibid.* XIV, 309, XVII, 295, XXIII, 1092 et s.
[2] *H. E.* XIII, 273 (le choix de l'acheteur ne lie pas le juge).
[3] *R. j. f.* III, 236; cfr. *A. T. F.* XIV, 474, XVI, 162, XXIII, 1092 et s.
[4] *H. E.* IV, 354.

sition à la vente sur place, parce que, dans la vente à distance, le vendeur eût couru deux fois les risques du transport.

4° Voir ci-après les art. 254, al. 2, et 255.

321. Nous revenons au principe de l'art. 249. L'acheteur peut. en thèse générale, et sauf les exceptions relatées tout à l'heure, recourir alternativement à l'action en réduction de prix ou à l'action rédhibitoire. Reprenons l'une et l'autre alternative.

1° Il a intenté l'*action en réduction de prix* (ou bien la réduction a été prononcée par le juge, art. 250). En pareil cas, l'acheteur conserve la chose et il a droit à la restitution ou à la diminution d'une partie du prix, selon qu'il aura déjà ou n'aura pas encore payé. La réduction doit, d'après l'art. 1644 C. civ. fr., être nécessairement arbitrée par experts, ou du moins ce mode de réduction ne peut être remplacé par un autre que du commun accord des parties. Celles-ci pourront, en droit fédéral, procéder comme elles l'entendront, s'en remettre à la prudence du juge, ou requérir une expertise. Mais la réduction s'appréciera-t-elle en tenant compte de la différence entre la valeur réelle de la chose livrée de qualité marchande et la valeur de la chose défectueuse, ou bien entre cette dernière et le prix de vente ? La question est controversée. L'art. 251 dit : « Lorsque la moins-value est égale au *prix de vente*, l'acheteur »..., et ceci nous autorise à penser que lorsqu'elle sera inférieure « au prix de vente », la réduction sera de la partie du prix proportionnelle à la diminution de valeur occasionnée à la chose par ses défauts. Notre Code ne parle que du prix de vente, comme élément du calcul. Ainsi une chose est vendue 1000 fr. ; sa valeur est réduite à 500 fr. par suite des vices dont elle est affectée : l'acheteur peut exiger une réduction du prix de 500 fr., indépendamment de la valeur réelle qu'aurait l'objet vendu s'il n'était pas défectueux.

2° Il a intenté l'*action rédhibitoire*. Quand l'acheteur demande la résolution de la vente, toutes choses sont replacées en l'état antérieur, comme en matière d'éviction totale. *En cas de résiliation de la vente*, prescrit l'art. 253, *l'acheteur est tenu de rendre la chose au vendeur avec ses fruits et accroissements. De son côté, le vendeur est tenu de restituer à l'acheteur le prix payé, avec intérêts, et, en outre, de l'indemniser du dommage résultant directement pour lui de la livraison de marchandises défectueuses*[1]. *On applique, au surplus, par analogie, la disposition de l'article 241.*

L'acheteur restitue donc la chose, ou ce qui en reste, si elle a péri par suite du vice dont elle était atteinte (cfr. art. 254, al. 1) ; il en doit les fruits, aussi bien ceux qu'il a perçus que ceux qu'il au-

[1] *A. T. F.* XXVI[2], 739 et s.

rait négligé de percevoir, soit leur équivalent s'il les a consommés; il doit également rendre les accroissements, tenir compte des profits qu'il a retirés des dégradations faites à la chose et enfin répondre de toutes les détériorations provenant de sa faute. Le vendeur est, en revanche, obligé de restituer le prix, s'il a été payé, avec les intérêts au taux de l'art. 83; il ne répond, s'il est de bonne foi et s'il n'est pas en faute, que du dommage *direct* causé à l'acheteur, ce qui s'entendra du gain qu'il aurait pu faire et de celui qui lui a échappé [1], des impenses [2], des frais de fourrière [3] dans la vente du bétail, etc.; il doit même le dommage indirect, s'il est en faute ou s'il s'est rendu coupable d'un dol (cfr. art. 116 et 241). Ajoutons que la chose à restituer ne redevient la propriété du vendeur, que lorsque celui-ci a été remis en possession [4].

322. Nous avons en outre à nous occuper de quelques *hypothèses particulières*.

La résiliation peut être demandée, encore que la chose défectueuse ait péri, soit par suite de ses défauts, soit par cas fortuit. Dans ce cas, l'acheteur n'est tenu de rendre que ce qui lui reste de la chose (art. 254, al. 1). On comprend que la résolution de la vente puisse être poursuivie par l'acquéreur, lorsque la chose défectueuse a péri par son propre vice. On comprend moins, tout d'abord, qu'il en soit de même quand le dépérissement est dû à un cas fortuit, d'autant que l'acheteur n'a point ce droit en matière d'éviction. L'art. 1647 C. civ. fr. disait, en opposition avec notre art. 254 : « La perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur », et on expliquait cette règle comme suit : l'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire; dès lors, la perte survenue *pendente conditione* doit être à sa charge puisque les risques d'une chose aliénée sous condition résolutoire sont pour l'acquéreur. Le C. O. part de l'idée que si une chose défectueuse a été livrée, l'acheteur est en droit de demander la résiliation de la vente, pourvu qu'il soit toujours dans les délais utiles pour le faire et qu'il ait accompli les formalités auxquelles est subordonné l'exercice de son recours. Il importe peu en conséquence que la chose ait péri, se soit détériorée, ou se trouve encore telle quelle en mains de l'acheteur (nous supposons que ce dernier n'est pas en faute), si elle est défectueuse et si la garantie n'est pas exclue pour d'autres motifs. Par exemple, une chose défectueuse est livrée le 1er Mars 1904; les vices en sont constatés et signalés le 15 même mois; elle périt le 28 Février 1905 : l'acheteur peut actionner en résiliation (cfr. art. 257).

[1] *H. E.* IX, 54.
[2] *A. T. F.* XIV, 656; cfr. *ibid.*, XVII, 317.
[3] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXIV, 348.
[4] *A. T. F.* XIV, 656.

Mais, dit l'art. 254, al. 2 : *Si la chose a péri par la faute de l'acheteur, ou qu'il l'ait aliénée ou transformée*[1], *il ne peut demander que la réduction du prix*, — en tant d'ailleurs que l'aliénation ou la transformation n'implique pas une acceptation de la chose livrée. Il ne faut certainement pas faire rentrer dans les termes de l'art. 254, al. 2, le cas de l'art. 248 *in fine* (ce n'est pas d'une « aliénation » pareille qu'il peut être question ici), ni, suivant M. Hafner, à l'opinion duquel nous nous rangeons, la vente de marchandises qui sont aliénées par l'acquéreur sans déballage préalable, — l'usage l'autorisant à procéder ainsi, — et qui lui sont rendues par le second acheteur pour cause de vices rédhibitoires ; l'acheteur conserve le droit, s'il est encore dans les délais, d'opter en vertu des art. 249 et s. Lorsque la chose est grevée d'un droit réel au profit de tierces personnes, M. Hafner décide de même que l'art. 254, al. 2, est inapplicable ; ceci est évident, et l'acheteur ne pourra résilier qu'en dégageant la chose ou en garantissant le vendeur contre les suites de la réalisation du droit réel dont il s'agit. En ce qui concerne l'art. 254, al. 2, lui-même, on pourrait croire, quand la chose périt « par la faute de l'acheteur », qu'il dût perdre son droit de recours. Notre loi ne l'a pas frappé aussi rigoureusement : l'acheteur d'une marchandise affectée de vices rédhibitoires est bien, si elle périt par sa faute, déchu du droit de résilier et de réclamer éventuellement des dommages et intérêts, mais il conserve l'*actio quanti minoris*, puisqu'enfin, que l'objet de la vente ait péri ou non, le vendeur est garant des défauts de la chose. Même règle, quand la chose a été aliénée (vendue, échangée, donnée), ou transformée, c'est-à-dire essentiellement modifiée (vin mélangé, acier converti en armes, cuir dont on a fait des chaussures, etc.). Dans tous les cas, l'action en réduction du prix n'existe que si l'acheteur a sauvegardé son droit de recours suivant les formes légales (cfr. art. 246 et s.). Voici un exemple : A., qui est tailleur, achète du négociant B. pour 1000 fr. de drap. La livraison a lieu le 1er Février 1904. De ce drap, l'acheteur a fabriqué des vêtements, sans se douter de la mauvaise qualité de la marchandise. Dans le courant de l'année 1904, ses clients réclament, leurs habits n'ayant rien valu. Si le tailleur A. prévient immédiatement son vendeur, soit au moins avant le 2 Février 1905, et qu'il s'agisse de défauts cachés (cfr. art. 243, 246), il pourra, bien que la chose vendue ait été transformée, actionner son vendeur en garantie dans le délai d'un an (cfr. art.

[1] Les premiers projets ajoutaient : « à moins que la mauvaise qualité de la chose ne se soit révélée lors de la transformation ». Le C. O. ne distingue plus. — Si une partie de la chose a été employée en vue de la vérification de l'art. 246, la résiliation n'est sans doute pas exclue pour le surplus (sic, *Hafner*, 125). Et l'art. 254, al. 2, n'enlève pas à l'acheteur la faculté de réclamer des dom. et int., si le vendeur a fait une livraison défectueuse qui puisse lui être imputée à faute ; cfr. *A. T. F.* XVII, 317, XX, 610.

257 et s.), mais il ne sera fondé à réclamer qu'une réduction du prix, ce qui est rationnel.

323. L'art. 255 nous apprend, d'autre part : *Lorsque la vente est de plusieurs choses à la fois ou d'un ensemble de pièces, et que certaines d'entre elles seulement ont des défauts, la résiliation n'en peut être demandée qu'à l'égard de ces dernières* (al. 1), — pour autant que les pièces défectueuses peuvent être détachées de celles qui sont recevables, sans un préjudice notable pour les intéressés [1] (cfr. art. 255, al. 2). Plusieurs balles de coton, plusieurs sacs de café ou de blé (si ce n'est qu'*une* partie d'*une* chose, d'un ballot, d'un sac, par exemple, qui est défectueuse, on applique les art. 249 et s., quand bien même la chose aurait été vendue par kilos) ont été achetés *ensemble*, par un seul contrat de vente ; dix balles, ou vingt sacs sont affectés de défauts, sur mille, l'acheteur ne peut en principe réclamer, s'il désire résilier, qu'une *résiliation partielle* (il n'est nullement restreint à d'autres égards dans son droit d'option des art. 249 ou 252). Il en est de même si un *ensemble de pièces* a été vendu, comme une bibliothèque, une collection de tableaux, un lot de meubles, un troupeau, etc. Il importe peu d'ailleurs que le prix ait été fixé à tant la pièce, ou la douzaine, ou le quintal métrique, à la seule condition qu'il y ait eu vente en bloc. Mais quelles seront les conséquences de la résiliation partielle de l'art. 255, al. 1 ? L'art. 253 fait règle assurément. On peut bien l'appliquer en ce qui a trait à la restitution de la chose par l'acquéreur et aux dommages et intérêts dus éventuellement par le vendeur. Des difficultés se produisent, lorsqu'il s'agit de la « restitution du prix ». Quel est le « prix » que le vendeur restituera ? Non point le prix total de la vente, puisque la résiliation est partielle, mais la différence entre ce prix et la valeur des marchandises conservées par l'acheteur, cette valeur étant déterminée eu égard au prix de la vente par un simple calcul ou une expertise. A. vend à B. 100 sacs de café à raison de 120 fr. le sac, soit en tout 12000 fr. ; dix sont défectueux, le vendeur restituera : $10 \times 120 = 1200$ fr., plus les intérêts, etc. A. vend-il à B. une bibliothèque de 1000 volumes, dont 50 sont reconnus inacceptables ; des experts fixeront la valeur qu'avaient ces 50 volumes eu égard au prix de la vente ; A. sera tenu de restituer le montant ainsi arrêté. Nous ne pouvons admettre que l'estimation doive, comme on l'a dit, « se faire au cours du marché au moment de la vente ». Cette solution est d'autant plus arbitraire que la disposition qui devait la consacrer a été supprimée, — « faute d'être bien comprise », affirme-t-on. Il nous paraît, au demeurant, que ce que nous proposons est aussi correct qu'équitable :

[1] *J. d. T.* XXXIX, 585 (arrêt du T. F., du 8 Mai 1891) ; cfr. *A. T. F.* XVII, 295, XXVI², 716 (vente avec stipulation de *livraisons successives*).

l'acheteur ne doit ni réaliser un gain, ni subir une perte à raison des vices rédhibitoires dont est atteinte la chose achetée ; mais il aura, sans aucun doute, la faculté de réclamer la réparation du dommage qui lui est advenu par suite de la résiliation (cfr. art. 253), cela en sus de la restitution du prix et des accessoires.

N'oublions pas que si l'art. 255, al. 1, ne parle que de « résiliation », l'acheteur n'en a pas moins le droit de choisir entre la résolution de la vente et la réduction du prix (cfr. art. 249). Le 2me al. de notre article dispose en outre : *Dans le cas, toutefois, où la chose ou pièce défectueuse ne peut être détachée de celles qui sont recevables, sans un préjudice notable pour l'acheteur ou pour le vendeur, la résiliation doit s'étendre à tout ce qui a fait l'objet de la vente.* Nous sommes encore dans l'hypothèse d'une « vente de plusieurs choses à la fois ou d'un ensemble de pièces ». Mais l'art. 255, al.2, vise plus spécialement le cas de choses constituant un assortiment, soit par leur nature même, soit aussi dans l'intention des parties (jeu de cartes, paire de gants, de bas, de souliers, deux chevaux achetés en vue de former un attelage d'amateur [1], etc.). La question de l'inséparabilité des choses vendues à la fois ou en bloc, partant, celle de la résiliation totale dans l'espèce de l'art. 255 *in fine*, est abandonnée à la libre appréciation du juge. qui décidera suivant les circonstances de fait ou d'intention. Remarquons encore que le vendeur et l'acheteur ont *tous deux* droit à la résiliation totale, le vendeur cependant, avec dommages et intérêts à payer à son co-contractant dans le sens de l'art. 253 ; mais l'acheteur peut se contenter de demander la réduction du prix, et l'art. 252 entre, le cas échéant, aussi en ligne de compte.

324. *Accessorium sequitur principale.* C'est une application de cette règle que nous trouvons à l'art. 256 : *La résiliation de la vente à raison des défauts de la chose principale entraine celle de la vente de la chose accessoire, même lorsqu'un prix distinct a été fixé pour cette dernière* (al. 1). La résiliation de la vente d'une parure entraîne celle de la vente de l'écrin ; celle de la vente d'un tableau aura en général pour conséquence celle du cadre, — si le tableau n'est pas l'accessoire, etc. *Mais si la chose accessoire est seule défectueuse, on ne peut demander la résiliation que par rapport à elle* (al. 2), — sauf toujours, et à part cette réserve, le droit d'option des art. 249 et s.

325. Quelles sont les *causes d'extinction de la garantie ?* Nous allons les énumérer, quitte à ne nous attacher qu'à l'une d'entre elles qui réclame d'assez longues explications. Ces causes sont :

[1] *H. E.* III, 204.

1° La *renonciation expresse* de l'acheteur ;

2° La *renonciation tacite* (cfr. art. 246, al. 2 ; voir l'art. 258) ;

3° La *prescription*. Il se peut que l'acheteur ait déjà perdu son recours, faute de s'être conformé à l'art. 246. S'il s'y est conformé, il n'en doit pas moins intenter action dans le délai relativement court de l'art. 257 : *Toute action en garantie à raison des défauts de la chose se prescrit par un an à dater de la livraison faite à l'acheteur* (cfr. pour le calcul, l'art. 150, et pour l'interruption de la prescription, l'art. 154 [1]), *encore que celui-ci n'ait découvert les défauts que plus tard. Il en est autrement si le vendeur a expressément promis sa garantie pour un délai plus long* (exception au principe de l'art. 148; voir n° 184). Célérité et sécurité, tel est le mot d'ordre dans la vie commerciale. Aussi n'est-il pas admissible que l'on puisse, après un grand nombre d'années, former contre un vendeur des réclamations à raison des vices rédhibitoires de la marchandise. Mais il ne faut rien exagérer, et l'on a dû reconnaître, par exemple, que le délai de six mois du Code de commerce allemand (art. 349) était trop court dans bien des cas, surtout en matière de commerce international. Le législateur a dès lors adopté le délai d'un an de l'art. 351 du C. civ. des Grisons — qui peut être abrégé ou prolongé conventionnellement, — tandis que, dans le domaine de l'éviction, on se rappelle que le délai est de dix ans : les origines de l'éviction peuvent toujours être prouvées ; cette preuve est très difficile, après un certain temps, pour les défauts de la chose.

Le *dies a quo* du délai de l'art. 257 est le « jour de la livraison faite à l'acheteur » (cfr. art. 362, al. 1, 464, al. 1). Doit-on entendre par « livraison » la remise même en mains de l'acquéreur, ou la tradition opérée dans d'autres conditions (cfr. art. 199 et s.)? Ce mot signifie, comme nous l'avons dit à propos de l'art. 242, que l'acheteur doit avoir la faculté de disposer de la chose par lui-même ou par son représentant [2], car c'est seulement alors qu'il lui est possible de vérifier la marchandise vendue, et c'est dès cette époque seulement que peut dater l'inaction qui sert de fondement à la prescription. Mais, une fois l'année écoulée, la prescription est absolument accomplie, quand bien même des défauts n'ont été ou n'auraient pu être découverts que plus tard, d'après la marche habituelle des affaires, quand bien même aussi l'avis des défauts aurait été donné régulièrement et que le vendeur aurait repris la marchandise dé-

[1] *A. T. F.* XI, 368 (cité ad art. 154).

[2] *A. T. F.* XVII, 313 (« la livraison est accomplie dès l'instant où l'acheteur a la possibilité d'une disposition effective de la chose, notamment en vue de l'examen de ses qualités »; en particulier, dans les ventes de marchandises livrables par envois successifs, la prescription court pour chaque livraison partielle dès la date de celle-ci).

fectueuse (cfr. toutefois art. 258 ci-après). La prescription s'étend, du reste, à toutes les parties de l'action, même aux impenses et dommages et intérêts.

326. Si l'action en garantie elle-même se prescrit par une année, à moins de convention contraire, il n'en est pas ainsi de l'*exception de garantie* opposée à la demande du vendeur, lorsque d'ailleurs le recours de l'acheteur n'est pas périmé déjà en vertu de l'art. 246. Un vieil adage juridique ne nous dit-il pas : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum?* Lorsqu'un défaut est régulièrement (cfr. art. 246) découvert dans l'année, que l'avis en est donné sans retard (la date de l'*envoi*, non celle de la réception, étant décisive), et en tout cas dans l'*année* à partir de la livraison, l'acheteur peut opposer la garantie, par voie d'exception, à son vendeur aussi longtemps que les droits de ce dernier sont exercés. Exemple : A. vend à B. une barrique de Bordeaux, qui est livrée à l'acheteur le 1er mars 1904; B. goûte son vin après réception, n'y trouve rien à reprendre; mais, en février 1905, à l'occasion d'un dîner auquel il sert du dit vin, on lui fait remarquer que cette boisson est nuisible à la santé. Il avise son vendeur des défauts constatés le 1er mars 1905, soit le dernier jour du délai, puis, ayant mis la marchandise à la disposition de son co-contractant, il se désintéresse de l'affaire, sous réserve de se conformer, le cas échéant, à l'art. 248. B. aurait pu actionner directement en garantie, sous offre de tenir compte à son vendeur de la valeur réelle du vin employé jusqu'alors, s'il avait introduit son action au plus tard le 1er mars 1905, ou du moins interrompu la prescription d'après l'art. 154. Il ne l'a pas fait; il n'a plus que l'exception de garantie. Supposons que A. lui réclame le paiement du prix en 1906; B. contestera rien devoir au delà de la valeur réelle de ce qu'il a consommé de la marchandise vendue, et reconventionnellement, il formera ses réclamations selon l'art. 253. Seulement, l'acheteur peut être pris au dépourvu, s'il n'a pas fait constater, la preuve étant à sa charge, les vices rédhibitoires d'une manière très exacte, en temps utile, s'il ne réussit pas à établir notamment que ces vices existaient déjà lors de la réception de la marchandise et qu'ils sont de ceux dont le vendeur est garant.

Voici le texte de l'art. 258, qui se rapporte à cette question : *Si la notification prévue par l'article 246 n'a pas été faite au vendeur dans le délai d'un an à dater de la livraison* (et, bien entendu, sous les conditions de l'art. 246 aussi), *l'acheteur ne peut plus faire valoir, même par voie d'exception, la garantie due à raison des défauts de la chose. Si la notification a été faite à temps* (et régulièrement), *il jouit des exceptions résultant de la garantie.* Ces exceptions ne sauraient être opposées qu'à la demande du vendeur relative à la vente des marchandises *mêmes* dont les

défauts ont donné naissance à la garantie. Elles ne seraient pas admissibles, sous forme d'exception de compensation, contre d'autres réclamations du vendeur fondées sur un autre contrat[1].

327. Encore une disposition importante à l'art. 259: *Le vendeur ne peut invoquer les dispositions des articles 257 et 258 lorsqu'il est prouvé qu'il a sciemment induit en erreur l'acheteur.* L'action comme les exceptions de l'acheteur trompé se prescrivent désormais par *dix ans*, dans tous les cas, et non point comme l'écrivent MM. Schneider et Fick[2], par dix ou cinq ans, suivant qu'il s'agit, pour les exceptions à tout le moins, d'une vente ordinaire ou d'une vente de l'art. 147, chif. 2 et 3. En effet, quant aux exceptions, la dérogation à l'art. 258 statuée par notre texte, n'aurait pas de sens, si elles devaient s'éteindre ici dans le délai de l'art. 147, c'est-à-dire ne durer que dans la même mesure que les droits du vendeur; c'est déjà ce que dispose l'art. 258. Si donc A. ayant vendu à B. des vivres (miel, vin, etc.), dont les défauts entraînent garantie, et, qu'ayant trompé son acheteur, il l'actionne en paiement du prix après cinq ans, l'acheteur pourra invoquer la prescription contre lui et faire valoir quand même son recours en garantie, s'il ne s'est pas écoulé plus de dix ans depuis la livraison. D'autre part, le recours en garantie est recevable, soit que le vendeur ait ou n'ait pas été avisé d'après l'art. 246 (cfr. art. 247). Il est évident enfin que le vendeur n'est pas fondé à opposer la déchéance de l'art. 28 à l'acheteur qui se prévaut des art. 249 et s. et qui lui prouve son dol[3] (civil ou pénal).

SECTION TROISIÈME

Des obligations de l'acheteur.

328. L'obligation principale de l'acheteur consiste dans le *paiement du prix de vente*. Mais il en est une accessoire, dont nous devons dire quelques mots aussi : celle de *prendre livraison* de la chose vendue, — sans parler de l'obligation de payer les frais

[1] *R. O. H. G.* XII (n. pér.), 324; cfr. *A. T. F.* XI, 370.

[2] Op. cit., 431. *Hafner* ne parle que du délai de *dix ans;* cfr. *A. T. F.* XI 367, et *J. d. T.* XLII, 475.

[3] *H. E.* IV, 225 (il n'y a pas de dol quant à la coloration artificielle de la marchandise, si l'acheteur ou son représentant est un connaisseur, et que, aux yeux de tout connaisseur, il ait dû apparaître que la couleur était artificielle).

et loyaux coûts du contrat, les frais d'enlèvement (cfr. art. 232), etc., et de bonifier au vendeur ses débours à raison de la conservation de la chose, depuis la date du contrat jusqu'à la délivrance.

§ 1. *Obligation de prendre livraison.*

329. L'acheteur est tenu de prendre livraison, d'enlever la chose vendue, au temps fixé par la convention ou l'usage des lieux. A défaut d'un terme ainsi déterminé, il a l'obligation de prendre livraison immédiatement. La sanction de cette obligation nous est donnée par les art. 106 et s. et 122 et s., ensorte que le vendeur pourrait exécuter le contrat en consignant (si la chose n'est pas susceptible de consignation, voir l'art. 108) ou en provoquant la résiliation.

Nous lisons, en effet, à l'art. 260 : *L'acheteur est tenu... d'accepter la chose vendue, pourvu qu'elle lui soit offerte dans les conditions convenues. Sauf usage ou convention contraire, la réception doit avoir lieu immédiatement* (cfr. art. 263). Si la chose vendue n'est pas offerte dans les « conditions convenues », si, par exemple, elle n'est pas conforme à la commande[1], ou si elle n'est pas transportée par le vendeur au lieu désigné pour prendre livraison, ou si elle n'est pas mise en entier à la disposition de l'acquéreur, ou si elle est affectée de vices rédhibitoires qui se révèlent avant que l'on a pris livraison, l'acheteur n'a l'obligation d'accepter, ou plutôt de recevoir, la chose que dans l'hypothèse de l'art. 248, al. 1; cfr. cependant art. 5 (voir aussi art. 78). Il pourra, également, soit consigner son prix et poursuivre l'exécution du contrat, soit résilier.

Citons, pour clore ce paragraphe, une décision qui se rattache à l'art. 260. Le Tribunal fédéral a reconnu[2] que la clause par laquelle l'acheteur se réserve « de prendre livraison de la marchandise, au fur et à mesure de ses besoins » ne constitue pas une condition; elle signifie simplement que l'acheteur peut fixer les termes de livraison, non pas selon son bon plaisir, évidemment, mais de bonne foi et en observant les délais convenables, que les juges fixeront à son défaut de le faire ou en cas de contestation.

§ 2. *Obligation de payer le prix de vente.*

330. Nous n'avons transcrit qu'une partie de l'art. 260; il renferme encore la disposition suivante : *L'acheteur est tenu de*

[1] *R. j. f.* IV, 183.
[2] *A. T. F.* XII, 367.

payer le prix conformément aux clauses du contrat... Le prix s'entend du principal et, le cas échéant, des accessoires. S'il était même hors de toute proportion avec la valeur réelle de la chose, le contrat n'en serait pas moins valable, sauf le cas de dol ou de violence, puisque la lésion n'est pas en droit fédéral une cause de rescision des conventions. Il a été jugé, entre autres, que le fait, par l'acheteur, de conserver la facture sans réclamation emporte acceptation tacite de la clause y relatée quant à l'obligation de retourner l'emballage ou le contenant, ou d'en payer le prix[1]. Mais diverses questions veulent être étudiées de plus près.

331. *En quel lieu et en quel temps le prix doit-il être payé?* La convention des parties fait règle, en première ligne. Si aucune stipulation particulière n'est intervenue à ce sujet, on s'en tient aux usages existants, comme *lex contractus*. S'il n'y a ni convention ni usage, on applique les principes que voici :

1° Quant au *lieu* de paiement, l'art. 84, chif. 1, considère comme tel le domicile du créancier à l'époque du paiement.

2° Relativement au *temps*, l'art. 265 prescrit, en harmonie avec l'art. 230 (cfr. art. 86 et s.) : *Sauf convention contraire, le prix est exigible aussitôt que la chose est passée entre les mains de l'acheteur.* Le vendeur n'est pas tenu de délivrer avant le paiement du prix, à moins qu'il ne s'agisse d'une vente conclue à crédit. Mais s'il s'agit d'une chose expédiée d'un lieu dans un autre, l'acheteur n'est pas obligé, même lorsque la vente s'est faite avec stipulation de livraison contre paiement du prix, d'accepter la marchandise envoyée *contre remboursement*, et cela, alors même qu'il l'aurait examinée et approuvée auparavant. Il en serait autrement, cela va sans dire, s'il avait donné l'ordre d'expédier « contre remboursement »[2]. Si l'acheteur tombe en faillite avant la délivrance, le vendeur n'est point tenu de livrer, ou n'y peut être astreint que contre sûretés (cfr. art. 96). Nous ajoutons que, dès l'instant où la délivrance a été effectuée, l'acheteur s'expose aux conséquences des art. 117 et s. et 266.

332. *Comment se détermine et se calcule le prix?* Cette question a déjà été touchée à propos de l'art. 239. Règle générale, le prix sera déterminé par les parties, soit directement en ce qu'elles exprimeront elles-mêmes en chiffres ou indiqueront d'une autre manière le montant de la somme à payer, soit indirectement, lorsqu'elles le laisseront à l'arbitrage d'un tiers ou conviendront que le prix sera celui fixé par les cours de la Bourse ou par la moyenne des ventes de la marchandise aliénée. Le prix doit d'ailleurs être sérieux, quoi-

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XX, 396.
[2] *R. O. H. G.* XIII (1re pér.), 187 et XII, 275 ; cfr. *Staub*, 856.

qu'il puisse être sérieux et très inférieur à la valeur réelle de la chose vendue; la vileté du prix n'empêche point le contrat d'être parfait, tandis que son caractère dérisoire rend la vente inexistante. Enfin, le prix doit consister en argent, puisque c'est là le seul caractère qui permette de distinguer la vente de l'échange.

Notre loi, qui réserve naturellement les stipulations des parties en ce domaine, ne mentionne que deux cas où le prix, non déterminé conventionnellement, est fixé suivant certaines règles spéciales :

1° *Si l'acheteur a fait une commande ferme, mais sans indication de prix, la vente est présumée conclue au cours moyen du jour ou du lieu de l'exécution* (art. 261). Cette disposition s'applique exclusivement aux ventes de marchandises cotées à la Bourse ou dans les marchés; on admettra alors comme prix de vente le « cours moyen » — *der mittlere Marktpreis* — aux jour et lieu prévus, ou fixés par la loi, pour l'exécution du contrat (cfr. art. 86 et s. et 84). Comme on l'a décidé en Allemagne, le « cours moyen » n'a pas besoin d'être constaté officiellement; les constatations officielles peuvent même être combattues par tout intéressé, et l'on envisage comme « cours moyen » de la marchandise, le prix que l'on obtiendra en tirant la moyenne des prix payés, aux jour et lieu ci-dessus, pour des choses de même nature, valeur et bonté, en tant que ces prix n'auront pas été influencés par des rapports personnels entre co-contractants ou par d'autres circonstances spéciales. N'omettons pas de dire que le cours moyen des ventes en gros ne peut servir de base pour les ventes au détail, et réciproquement.

2° *Lorsque le prix se calcule sur le poids de la marchandise, on déduit le poids de l'emballage (tare) ; sauf les usages particuliers du commerce* (ou les conventions contraires), *d'après lesquels le prix de certaines marchandises se calcule sur le poids brut, ou avec une déduction fixe ou de tant pour cent* (art. 262). MM. Schneider et Fick nous apprennent que, pour les cotons expédiés d'Anvers, on compte une tare de 4 °/₀ que l'on déduit du poids brut.

333. Une troisième question reste à élucider. Elle exige de tels développements que nous lui consacrons un paragraphe spécial.

§ 3. *Quelles sont les conséquences du défaut de paiement du prix*[1].

334. On sait que le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie point le prix ou si un terme ne lui a pas été

[1] *Haberstich*, II, 50 et s. *Vogt*, 195. *Jacottet*, 180 et s. *Schneider et Fick*, ad art. 264. *Hafner*, 130, *Schindler*, l. c. (ad. art. 122 et s.), p. 65 et 66. *Mess.*, 53 et s. *Rap. Com. Cons. nat.*, 21. *Rap. soc. ind. et comm. du canton de Vaud*, 86

accordé. Car, comme nous le verrons, le vendeur renonce tacitement à son droit de ne pas livrer, quand il vend à crédit : *fidem emptoris secutus est*. Mais, eût-il accordé un délai pour le paiement, il n'est plus obligé à la délivrance dans les espèces prévues à l'art. 96, à moins qu'une garantie ne lui soit donnée ; il ne peut, en revanche, refuser la délivrance sur de simples craintes qu'il concevrait au sujet de la solvabilité de l'acheteur. Ces règles générales posées, ou rappelées, nous pouvons aborder l'examen des textes mêmes de la loi.

335. *Si la chose doit n'être livrée qu'après paiement du prix, ou contre paiement, et que l'acheteur soit en demeure de payer ce prix, le vendeur peut se départir du contrat sans autre formalité; mais il est tenu, sous peine de dommages et intérêts, d'aviser immédiatement l'acheteur* (art. 263)[1]. On a critiqué cet article, en disant que si une semblable rigueur se justifiait entre commerçants, il ne convenait pas de l'étendre aux ventes non commerciales. Il est de fait que notre Code va plus loin que toutes les autres législations. On a bien prétendu qu'il « s'harmonisait avec l'art. 234 », mais cette dernière disposition n'est applicable qu'en matière de commerce. Pourquoi ne s'être pas maintenu dans les mêmes limites que celles de l'art. 234 ? Pourquoi déroger, dans une pareille mesure, au principe de l'art. 122 ? Quoi qu'il en soit, l'art. 263 se rapporte uniquement aux ventes dans lesquelles la marchandise doit n'être livrée qu'après ou que *contre* paiement du prix. Le vendeur, à défaut de paiement, et une fois l'acheteur en demeure (cfr. art. 117 et s.), peut se départir du contrat moyennant en informer sans délai son co-contractant, et il a le droit de réclamer des dommages et intérêts s'il prouve la faute de ce dernier (cfr. art. 124). Il peut aussi demander l'exécution du contrat, l'enlèvement de la marchandise et le paiement du prix, avec une indemnité d'après l'art. 110. Mais quand l'acheteur sera-t-il en faute ? Quand il n'aura pas pris, lors de la vente, les mesures nécessaires en vue de pouvoir s'acquitter à l'échéance. Le défaut de paiement constituera déjà, par lui seul, une présomption de faute, puisque l'argent est une chose fongible, susceptible d'être remplacée facilement.

336. Il est peu d'articles du C. O. qui soulèvent plus de problè-

et s. *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVII, 356 et s. (article de M. E. Manuel sur : *Die Frage der Abzahlungsgeschäfte*). *A. Martin :* Pactum reservati dominii ou hypothèque mobilière, Genève, in-8°, 1903. *Reichel*, 291 et s. *Brüstlein et Rambert*, 313. Loi allem. du 6 Août 1896 sur les *Abzahlungsgeschäfte*. *Revue jud.*, 1898, 33 et s. (article de M. E. Béguelin). *Zeitsch. f. schw. R.*, XVII, n. s. 322 et s. (article de M. E. Stückelberg sur le *pactum r. dom.*). *K. Gessner :* Das Abzahlungsgeschäft, in-8°, Zurich, 1898.

[1] *A. T. F.* XXV[2], 60 et s. (faute de l'acheteur et dommages et intérêts d'après l'art. 116).

mes, à la fois importants et délicats, que l'art. 264. Il traite non pas exactement de ce que l'on connaît sous le nom de *pactum reservati dominii*, mais d'une convention qui s'en rapproche en ce que le vendeur qui n'est pas payé, mais qui a livré, peut se départir du contrat et, en conséquence, reprendre la chose entre les mains de l'acquéreur en demeure. Avant de nous occuper de l'art. 264 lui-même, nous aimerions discuter brièvement, en passant, une question qui se rattache à la matière des droits que le vendeur peut, ou ne peut pas, se réserver sur la chose vendue, et nous nous demanderons : le *pacte de rachat,* ou de réméré, ou de « retrait », comme l'appellent plus correctement MM. Aubry et Rau, est-il conciliable avec les dispositions de notre Code sur le transfert de la propriété mobilière[1] ? Il n'existe aucun texte qui l'autorise et il semblerait naturel que le législateur en eût déterminé les conditions, notamment la durée, s'il avait voulu le consacrer. Cette institution offre, au surplus, tant d'inconvénients au point de vue du crédit public, qu'on est tenté de la repousser, en l'absence d'un texte légal qui l'établirait. Qu'est-ce effectivement, dans les ventes mobilières surtout, que le pacte de rachat ? Très souvent un expédient de débiteur aux abois et un engin d'exploitation manié par des industriels peu scrupuleux, une forme détournée du prêt sur gage, un moyen de convertir aisément en argent, que les créanciers ne retrouveront plus, des biens qui sont le gage commun de ces derniers. Il aurait été désirable que les rédacteurs de notre Code eussent entouré de restrictions et de sauvegardes le pacte de réméré, s'ils étaient décidés à lui faire une placç dans notre législation civile. Quoi qu'il en soit, la clause de retrait n'est pas interdite, elle est donc licite dans les ventes mobilières ; le droit cantonal règle ses conditions et ses effets dans les ventes immobilières, quand il ne l'exclut pas comme le C. civ. neuchâtelois (art. 1305).

La vente avec faculté de rachat est faite sous condition résolutoire (cfr. art. 174).

Et maintenant, que renferme l'art. 264 (cfr. art. 212 L. P.) ? Ceci : *Lorsqu'avant le paiement du prix, la chose est passée entre les mains de l'acheteur* — *in den Gewahrsam*, dit le texte allemand, sous la garde, par la délivrance, — *le vendeur ne peut, à raison de la demeure de l'acheteur, se départir du contrat et répéter la chose que s'il s'en est expressément réservé le droit.* C'est là une exception à la règle générale de l'art. 122, aux termes duquel la demeure de l'un des contractants, dans un contrat synallagmatique, donne *ipso jure* à l'autre partie, sans qu'il soit nécessaire de stipuler une réserve à cet égard, le droit de lui fixer ou faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable, en le prévenant que,

[1] *A. T. F.* XVI, 803 ; voir notes suivantes.

faute par lui de s'exécuter dans le délai dont il s'agit, le contrat sera résilié. En matière de vente, la demeure de l'acheteur ne permet au vendeur de provoquer la résolution du contrat, que si une réserve expresse a été formulée sur ce point. Il paraît, au premier abord, que ceci est parfaitement clair. En réalité, rien de moins limpide.

On pourrait croire que la disposition de l'art. 264 est déjà bien rigoureuse pour le vendeur, puisque son droit de résiliation est subordonné à une condition, à une « réserve expresse », qui n'est pas exigée dans les autres contrats bilatéraux. L'historique de la rédaction de cet article montre cependant que l'on était, à l'origine, en bonne voie de n'en point rester là ; et la sécurité des transactions commandait peut-être que l'on ne se départît pas du point de vue primitivement adopté. Le projet du Conseil fédéral de 1879 prescrivait ce qui suit en son art. 219, al. 2 (art. 202 du texte définitif) : « Lorsque la chose a passé sous la garde de l'acquéreur, toute convention par laquelle celui qui l'a aliénée s'en réserverait la propriété au détriment des créanciers de l'acquéreur, est nulle et de nul effet ». On interdisait donc, dans cette mesure, le *pactum reservati dominii ;* on comprenait qu'il y aurait eu inconséquence à prohiber les gages mobiliers non constitués par voie de nantissement (cfr. art. 210), tout en autorisant une réserve de propriété qui n'aurait été, en somme, qu'une constitution de gage tacite en dehors de tout nantissement. C'est ce que le Conseil fédéral expliquait en ces termes, dans son message : « La convention par laquelle une personne qui transfère la possession d'une chose qu'elle a aliénée s'en réserve la propriété en garantie d'une créance, par exemple, en garantie du paiement du prix d'achat, est déclarée nulle à l'égard des autres créanciers de l'acquéreur. Cette interdiction du *pactum reservati dominii,* bien que totalement étrangère au droit actuel, n'a pas lieu de surprendre, attendu qu'elle est en harmonie avec les principes sur lesquels le projet, de même que le droit français (C. civ. art. 2076 et s., et C. de com. art. 92) et la plupart des législations cantonales, a basé dans ses art. 227 (210 actuel) et 235 (219), ses dispositions relatives au droit de gage sur les meubles... Le but du *pactum reservati dominii* n'étant, au fond, que la constitution, sous l'apparence d'un droit de propriété, d'un droit de gage très étendu en faveur de celui qui a aliéné la chose et qui l'a remise à l'acquéreur, la disposition de l'art. 219, al. 2, se trouve en parfaite harmonie avec les principes des art. 227 et 235 » (du projet). Mais nous renonçons à entrer dans de plus amples détails concernant l'historique de la rédaction de l'art. 264, et nous rechercherons si le *pactum reservati dominii* est conciliable avec le système de notre Code, s'il est permis de vendre, en réservant, en faveur du vendeur qui s'est dessaisi, le droit de propriété jusqu'à paiement intégral du prix. Ainsi que le Conseil fédéral le disait, dans son message, ce pacte « n'est, au fond, que la constitution, sous l'apparence d'un

droit de propriété, d'un droit de gage tacite ». Or l'art. 210 C. O. nous enseigne que le gage des choses mobilières ne peut avoir lieu que par « nantissement », que par la remise de la chose en mains du créancier. Et le vendeur, qui a mis l'acquéreur en possession, tout en se réservant la propriété, dans le but unique de garantir le paiement du prix de vente, n'est-il pas en définitive dans la situation d'un créancier gagiste qui élude tranquillement les art. 210 et 222 ? Cette objection a été présentée avec force dans un arrêt du Tribunal supérieur de Thurgovie[1].

Il n'en faut pas moins reconnaître, avec le Tribunal fédéral[2], que la vente d'une chose mobilière, en s'en réservant la propriété jusqu'à paiement intégral du prix, est incontestablement licite ; notre autorité judiciaire supérieure n'a-t-elle pas décidé même qu'une sûreté peut être donnée par un débiteur aussi bien au moyen d'une vente que par une constitution de gage, pourvu que les effets réels de la vente fussent voulus entre parties[3] ? Il est exact que l'art. 264 C. O. ne parle point de la réserve de propriété faite par le vendeur, mais de la faculté qui lui appartient de se départir du contrat en cas de demeure de l'acheteur ; toutefois, le caractère licite du *pactum reservati dominii* résulte de l'ensemble de la loi, notamment du fait que, nulle part, celle-ci ne prohibe une convention de cette nature. Quelque danger que ce pacte puisse offrir pour les créanciers de l'acquéreur, notre Code ne l'interdit pas ; il faudrait un texte formel pour l'écarter, et il est parfaitement toléré par des législations qui, en matière de droit de gage, possèdent les mêmes prescriptions que nous, ainsi en France où les auteurs le considèrent comme valable ; il donne, au reste, des facilités à l'ouvrier et au paysan d'acheter les outils ou le bétail nécessaires, que peut-être ils ne réussiraient pas à se procurer si le vendeur, auquel d'autres garanties ne pourraient être offertes, n'avait pas le droit de se réserver la propriété de la chose vendue. Cette réserve est d'un usage très fréquent ; elle est, en particulier, l'un des éléments essentiels dans les *Abzahlungsgeschäfte*, dans les ventes à tempérament, — ventes à crédit avec paiement par acomptes, qui ont pris une extension extraordinaire, à telle enseigne qu'en Autriche et en Allemagne on les a soumises à des lois spéciales.

[1] *R. j. f.* VI, 122 et s.

[2] *A. T. F.* XIV 116. Dans le même sens : *R. j. f.* VI, 23, VIII, 118, IX, 19. Cfr. *A. T. F.* XX, 535 (dans le gage, le créancier veut acquérir un droit sur le patrimoine du débiteur ; dans le *pactum r. d.*, il se garantit sur sa propre chose que le débiteur n'acquerra que lorsqu'il aura fait sa prestation), XXIV², 93 (un contrat désigné sous le nom de *contrat de bail* peut n'être qu'une vente avec réserve de propriété, lorsque telle était bien l'intention des parties), XXV², 493 et s. (le pacte de réserve de propriété doit être fait *lors de la vente*, au plus tard, *avant* la tradition des objets vendus).

[3] *J. d. T.* XLVII, 238 (arrêt du 18 Mars 1899), XLIX, 170.

L'effet du *pactum reservati dominii* est-il en principe, à moins que le contraire n'ait été convenu, de conditionner la vente *suspensivement* ou seulement le transfert de la propriété [1] ? D'après la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, « la tradition seule est soumise à une condition suspensive jusqu'à parfait paiement ». Dès lors, la propriété de la chose demeure au vendeur, dès l'origine, et ne lui fait pas retour; l'acheteur, de son côté, reste tenu du prix en vertu d'un contrat de vente, par l'effet duquel les profits et les risques sont d'ailleurs immédiatement à sa charge. Tout ceci est assez arbitraire et procède de l'idée que notre Code admet l'existence d'un *Übertragunsvertrag*, susceptible d'être conditionné comme tout autre contrat (voir n° 247 *bis*, où nous avons discuté cette question). Enfin, explique le Tribunal fédéral, la réserve de propriété ne confère au vendeur qu'un droit subsidiaire ; lorsque la condition est pendante, il n'y a pas transfert de propriété à l'acheteur; le vendeur peut réclamer le paiement du prix en vertu du contrat de vente et *les acomptes qu'il a perçus lui sont définitivement acquis ;* si la condition s'accomplit par le paiement, le transfert de propriété s'opère *ipso jure* et sans autre en vertu du contrat de tradition ; si la condition vient à défaillir, il n'y a pas de transfert de propriété, et le vendeur demeuré propriétaire est en droit de revendiquer la chose, — sauf que l'acheteur doit le prix total, si la valeur de la chose est inférieure au prix convenu, et sauf aussi à tenir compte de ce qu'elle vaudrait au delà du prix de vente. On voit que les conséquences de cette solution, plus que contestable en soi, sont d'aggraver les dangers du *pactum reservati dominii* pour l'acquéreur, d'étendre en cette matière l'application des règles de la clause pénale en dehors de toute stipulation même des parties sur ce point.

Il ne faut pas confondre la réserve de propriété avec la réserve du droit de résilier de l'art. 264 qui, si elle est invoquée, produit les effets d'une condition résolutoire ; et puis, celle-là est opposable aux tiers, celle-ci ne l'est point. Les différences principales qui existent entre ces deux clauses sont les suivantes :

1° Si le vendeur, qui s'est réservé de pouvoir se départir du contrat (art. 264), n'a pas stipulé qu'il pourrait le faire sans autre, il est tenu de se conformer à l'art. 122; le vendeur qui s'est réservé la propriété peut toujours répéter sa chose immédiatement en cas de demeure de l'acheteur, c'est-à-dire lorsque la condition suspensive dont est affecté le contrat est défaillie [2].

[1] *A. T. F.* XXIX², 712 et s.; voir aussi *R. j. f.* IX, 19.

[2] *H. E.* X, 271, où l'on admet à tort, selon nous, que, « malgré cette réserve, le vendeur doit poursuivre juridiquement son acquéreur et qu'il n'a droit à la restitution de la chose qu'en cas de poursuites infructueuses ».

2° Si la chose vendue a été *saisie*, nous ne possédons aucune disposition légale sur sa revendication (cfr. art. 95, 106 et s. L. P.). Le vendeur avec réserve de propriété pourra certainement revendiquer. Nous ajoutons qu'il n'en sera pas de même du vendeur de l'art. 264, car la réserve stipulée à son profit n'est valable qu'entre parties et la vente subsiste aussi longtemps qu'elle n'est pas résiliée ; le caractère personnel de cette clause résulte encore de ce qui suivra. Mais, *en cas de faillite*, la situation est du moins réglée par le législateur. L'art. 212 de la loi précitée, qui modifie à cet égard l'art. 264, nous dit : « Celui qui, avant l'ouverture de la faillite, a vendu et livré un objet au débiteur ne peut ni *résilier* le contrat, ni réclamer l'objet, alors même qu'il se serait expressément réservé cette faculté ». Il n'est pas douteux que ce texte vise exclusivement l'hypsthèse de l'art. 264 C. O., dont il reproduit en partie les termes. Le vendeur avec réserve de propriété est autorisé à répéter la chose contre la masse en faillite ; l'acheteur n'est d'ailleurs pas devenu propriétaire, même conditionnellement (cfr. art. 171)[1].

3° Le vendeur, dans l'espèce d'une réserve de propriété, n'est point tenu, s'il revendique contre l'acheteur, les créanciers de celui-ci ou sa masse, de restituer ou d'offrir de restituer tous les acomptes reçus, car la clause dont il s'agit serait illusoire pour le vendeur si la chose, ayant diminué de valeur dans l'intervalle, il devait, en la reprenant, rendre tous les paiements partiels effectués ; il va de soi, au reste, que le vendeur ne pourra recevoir au delà de ce qui lui revient raisonnablement[2], soit au delà du prix de vente et des accessoires, et que si la valeur de la chose à l'époque de la restitution, est supérieure à la portion impayée du prix, l'acheteur peut, au moyen de l'action dérivant des art. 70 et s., réclamer ce dont l'autre partie se serait enrichie illégalement à ses dépens ; le vendeur n'est pas en droit d'exiger plus que son prix et, comme il n'y a pas eu de résolution du droit de propriété qui n'a pas été transféré, mais simplement non arrivée de la condition et, à certains égards, réalisation d'une sûreté constituée en garantie du prix de vente, il ne peut prétendre en sus à des dommages et intérêts[3]. Le vendeur, en revanche, qui use de la réserve prévue à l'art. 264, répète sa chose en vertu d'une résiliation du contrat par lequel il l'avait aliénée, et les effets de cette résiliation se détermi-

[1] Sic, *Reichel*, 292 et s., ainsi que les arrêts et les auteurs cités.

[2] *H. E.* VI, 313. Voir aussi *ibid.* X, 271. — *Ibid.* X, 110 : (si la réserve de propriété comprend à la fois le droit de répéter la chose et de conserver les acomptes reçus, l'art. 182 C. O. est applicable sur ce dernier point en ce sens que la peine conventionnelle stipulée dans cette forme est susceptible de réduction).

[3] Voir l'arrêt du T. F., du 12 Déc. 1903 résumé ci-dessus (page 381, texte et note 1).

nent d'après les art. 122 et s., avec cette différence capitale de ce que prescrit l'art. 124 (voir n° 135): c'est que l'art. 264 ne donne au vendeur qu'une action en répétition susceptible de s'exercer uniquement sur la chose elle-même et contre restitution de ce qui lui a été payé; il n'a droit qu'à sa chose, sauf encore à tenir compte de la plus-value découlant des impenses utiles et nécessaires le cas échéant, et à compenser de ce chef avec ce qu'il a reçu (cfr. toutefois art. 136), et sauf à réclamer des dommages et intérêts si la chose a été détériorée par la faute de l'acquéreur. Tout ceci peut paraître assez arbitraire, au vu de l'absence complète de prescriptions légales sur les effets de l'une et de l'autre des dites réserves.

4° Mais si la chose a été engagée ou *aliénée?* Nous avons les art. 205 et s. et 213 C. O. L'acquéreur de bonne foi, c'est-à-dire celui qui ignore l'existence d'une réserve de propriété et le défaut de paiement du prix, est présumé propriétaire (cfr. aussi art. 227 et 294, al. 2), sauf le droit de revendication du *verus dominus*, du vendeur (art. 206). La clause de l'art. 264 n'est, nous le savons, pas opposable aux tiers.

5° Qu'en est-il des profits et des *risques?* Ils devraient être pour le vendeur dans le cas d'une réserve de propriété (cfr. art. 171), mais, dans l'arrêt souvent cité, le Tribunal fédéral les fait passer à l'acquéreur dès la conclusion du contrat; dans le cas de l'art. 264, ils sont certainement pour l'acquéreur (cfr. art. 174 et 204).

Reprenons maintenant l'art. 264. Nous disions que cet article, dérogeant à l'art. 122, la délivrance de la chose faite *sans réserve expresse* par le vendeur exclut en faveur de ce dernier toute possibilité d'actionner en résolution du contrat, même si l'acheteur était en demeure; le vendeur n'a plus alors que la faculté de poursuivre le paiement du prix, il n'est plus qu'un créancier ordinaire de son co-contractant dont il a suivi la foi. Si, par exemple, l'acheteur tombe en faillite après la mise en possession, le vendeur ne pourra qu'intervenir dans la liquidation pour le montant de sa créance (prix de vente) et n'aura pas la faculté de répéter la chose (art. 212 L. P.). Toute mise en possession sans réserve expresse du droit de résilier de la part du vendeur, équivaut à une renonciation à ce droit.

Si une *réserve expresse* a été stipulée, qu'arrive-t-il? La vente a eu lieu à crédit; le vendeur a délivré la chose en se réservant de pouvoir se départir du contrat et répéter, si l'acheteur n'avait pas payé intégralement à l'échéance, ou ne payait pas les fractions du prix à diverses échéances échelonnées sur un certain laps de temps. Cette réserve est opposable à l'acheteur et à ses ayants cause, non aux tiers. Et, pour être valable, il faut qu'elle ait été faite au *moment de la vente*[1] (même solution pour la réserve de propriété),

[1] *H. E.* V, 142. *J. d. T.* XXXVI, 228, cfr. *A. T. F.* XXV², 493 et s. Voir *R. j. f.* VII, 118, qui paraît être en sens contraire

en tout cas, *avant* la tradition des objets vendus; il serait effectivement très dangereux de permettre au vendeur de répéter la chose aliénée sans condition, en invoquant une réserve expresse qui aurait été convenue après coup et pour les besoins de la cause. Forcerions-nous le texte de la loi, en l'interprétant ainsi? Non: d'après l'art. 264, une pareille réserve doit faire corps avec le contrat et l'ordre public exige qu'il en soit ainsi. Quant à la *preuve* de l'existence d'une réserve, ce sera au vendeur à l'apporter, naturellement.

Nous dirons encore que s'il ne résulte pas des termes de la réserve stipulée que le vendeur peut se départir du contrat sans autre formalité, il est tenu de procéder selon l'art. 122, c'est-à-dire de fixer ou de faire fixer à l'acheteur, par l'autorité compétente, un délai convenable, en l'avertissant que, faute de s'exécuter, le contrat se trouvera résilié à l'expiration du délai. C'est donc, dans cette éventualité, uniquement quand le délai se sera écoulé sans que l'acheteur (ou quelqu'un d'autre, un créancier, par exemple, pour son compte) ait satisfait à ses obligations, que le vendeur pourra répéter la chose. Il n'en serait autrement, que s'il avait été convenu que le seul fait de la demeure permettrait de résilier; alors, l'action en répétition pourrait être introduite immédiatement.

Des contrats qui rentrent dans la matière de la vente avec réserve de propriété sont ceux qui se passent fréquemment dans les conditions suivantes: A. loue un meuble à B. sous la condition que ce dernier deviendra propriétaire lorsqu'il en aura payé la valeur arrêtée à un chiffre de tant, soit en une fois, soit fractionnellement. D'après sa forme, cette convention a l'air d'être un bail; d'après sa substance, et en réalité, elle est une vente avec réserve de propriété jusqu'à paiement intégral; nous retombons dans le *pactum reservati dominii*[1].

336 *bis*. La question des intérêts du prix de vente est réglée comme suit à l'art. 266: *Indépendamment de la disposition de l'article 117* (al. 2 et art. 119) *sur la demeure résultant de la seule échéance du terme, le prix de vente porte intérêt, même sans interpellation* (sinon, avec interpellation; cfr. art. 117, al. 1, et 119):

1° *si tel est l'usage*, — par exemple, lorsque, dans le commerce en gros, l'acheteur est débité par compte-courant; 2° *si l'acheteur peut retirer de la chose des fruits ou autres produits* — les intérêts étant dus ici dès la délivrance, car ils sont une sorte de compensation de la jouissance.

On pourrait ajouter que les intérêts courent également: 3° s'il en a été stipulé; 4° si l'acheteur est en demeure. Le taux de l'intérêt est fixé par la convention, sinon par l'art. 83 (cfr. art. 119).

---

[1] *R. j. f.* V, 104; cfr., entre autres, *A. T. F.* XXIV², 93.

SECTION QUATRIÈME

De quelques espèces de ventes particulières.

337. Nous mentionnerons, sous cette section, non seulement les deux espèces de vente des art. 267 et s., mais aussi celles qui ne sont pas expressément réglées par le C. O. et celles qui sont soumises à des dispositions particulières ou réservées au droit cantonal.

§ 1. *De la vente sur échantillon.*

338. On appelle « vente sur échantillon », celle dans laquelle le vendeur a garanti que la qualité de la marchandise serait conforme à un certain modèle choisi par l'acheteur et conservé par l'une des parties. Il ne faut pas la confondre avec la « vente à l'essai » (ou « par échantillon ») des art. 269 et s., qui est une vente conditionnelle, tandis que la nôtre est pure et simple, ou avec la vente d'échantillons. Au surplus, une vente n'a pas encore le caractère de celle dont nous nous occupons[1], par la seule circonstance que des échantillons ont été exhibés; il faut qu'un échantillon ait été désigné pour déterminer la qualité de la marchandise, conservé par l'une des parties (une vente conclue sous la condition que la marchandise sera conforme à un précédent envoi ne tombe pas sous les art. 267 et s.[2]), et que le vendeur, implicitement ou explicitement, se soit engagé à livrer conformément à l'échantillon, si bien, qu'en thèse générale, l'acheteur ne saurait prétendre qu'il a été tacitement convenu que la chose aurait d'autres qualités encore que l'échantillon[3] (cfr. cependant art. 243 et s.). La *preuve* que la marchandise répond à l'échantillon incombe au vendeur, et il importe peu que l'acheteur ait signalé le défaut de conformité avant ou après la mise à disposition[4]; mais si l'objet de la vente, d'ailleurs conforme à l'échantillon, est affecté de vices rédhibitoires, ce sont les art. 243 et s. qu'il y a lieu d'appliquer. Notons encore

[1] *H. E.* V, 325.
[2] *R. O. H. G.* XIII (1re pér.), 214.
[3] *H. E.* IV, 234. *A. T. F.* XI, 373: (il est clair et admis en droit que le vendeur peut avoir promis, expressément ou tacitement, d'autres qualités de la marchandise à l'acheteur que la seule conformité avec l'échantillon): cfr. *ibid.* XIV, 472, XVI, 161, XVIII, 352, XX, 973 et s., XXII, 507 et s.; *J. d. T.* LII, 420 et s. (arrêt du T. F., du 25 Mars 1904).
[4] *A. T. F.* XV, 320 et s.

qu'en cas de contestation sur la nature de la vente conclue, ce serait à l'acheteur qu'il appartiendrait d'établir que le contrat est une vente sur échantillon et non pas une vente ordinaire[1].

339. L'art. 267 prescrit : *Dans la vente sur échantillon, celle des parties à qui l'échantillon a été confié n'est pas tenue de prouver l'identité de l'échantillon qu'elle représente avec celui qu'elle avait reçu ; elle en est crue sur son affirmation personnelle en justice. Il en est de même lorsque l'échantillon a changé de forme depuis qu'on l'a remis, si ce changement est le résultat nécessaire de l'examen qui en a été fait* (un échantillon a, par exemple, été analysé chimiquement). — *Dans tous les cas, l'autre partie a la faculté de prouver qu'il n'y a pas identité.*

Dans la règle, l'échantillon sera remis à l'acheteur qui, s'il y a contestation sur l'identité de l'échantillon, est cru sur son « affirmation personnelle » en justice, — sauf à son co-contractant à faire la preuve du contraire par tous autres moyens. Il est assez singulier que, d'une part, l'identité puisse être établie par une affirmation personnelle, qui, selon Bluntschli, « tient lieu de serment », et que, d'autre part, cette affirmation puisse être librement combattue. Et M. Munzinger écrivait déjà : « Nous tenons pour immoral de permettre la preuve contraire à la déclaration de l'acheteur ».

340. Le vendeur devra, en principe, prouver la conformité. *Si*, nous dit l'art. 268, *l'échantillon s'est détérioré ou s'il a péri chez l'acheteur, même sans la faute de celui-ci, ce n'est plus au vendeur de prouver que la chose est conforme à l'échantillon, mais bien à l'acheteur de prouver le contraire.* Il est équitable, en effet, que la détérioration ou la perte survenue entre les mains de l'acquéreur, même s'il n'y a eu aucune faute de ce dernier, ne puisse nuire au vendeur.

§ 2. *De la vente à l'essai ou à l'examen.*

341. C'est une vente purement conditionnelle, « toujours présumée faite sous une condition suspensive », comme le porte l'art. 1588 C. civ. fr. *Dans la vente à l'essai ou à l'examen*, dit notre art. 269, *l'acheteur est libre d'agréer la chose ou de la refuser*[2]. — *Tant que la chose n'est pas agréée, le vendeur en reste propriétaire, encore qu'elle fût passée entre les mains de l'ache-*

[1] *A. T. F.* XXI, 515 et s.

[2] *A. T. F.* XXI, 196 et s. (le refus d'accepter ne résulte pas nécessairement d'une déclaration expresse ; il peut être induit de faits concluants ; voir, en outre, n° 343).

teur (cfr. art. 171). Il existe une différence entre la vente à l'essai et la vente *ad gustum* dont le C. O. ne traite pas spécialement : dans celle-là, le droit pour l'acheteur d'essayer la chose et de la refuser s'il ne la trouve pas à sa convenance, ne peut résulter que d'une stipulation formelle; dans celle-ci, la faculté de dégustation dérive de la nature même des choses vendues (vin, fruits, etc.) à l'égard desquelles il n'y a point de vente, fussent-elles de qualité marchande, avant que l'acheteur les ait goûtées et agréées, à moins toutefois qu'il n'ait renoncé expressément ou tacitement à la faculté de dégustation, par exemple, quand la marchandise sera achetée dans un but de revente, devra faire un long trajet, aura été dégustée à l'avance, etc. On envisage comme une vente à l'essai celle conclue sous la condition que l'acheteur pourra rendre la chose, si elle ne lui convient pas, cela même sans indication de motifs mais sauf les art. 270 et s., ainsi que toutes les ventes soumises à des conditions analogues.

La vente à l'essai étant conditionnée suspensivement, elle ne produit ses effets qu'à partir du moment où la condition s'accomplit, c'est-à-dire que dès le temps où la chose aura été agréée (sous réserve des art. 270 et s.). Dans l'intervalle, *pendente conditione*, le vendeur demeure propriétaire, il a les risques et les profits de la chose. Néanmoins, la vente pourrait avoir lieu sous condition résolutoire, si les parties convenaient que la chose serait immédiatement acquise à l'acheteur, sauf pour celui-ci la liberté de résilier le contrat si la chose ne lui agréait pas. Il est évident, nous avons déjà touché ce point, que la faculté d'essai est absolue, ensorte que l'acheteur peut en user alors même que la marchandise serait de première qualité ; l'art. 269 n'autorise pas le vendeur à contraindre l'acheteur au maintien du contrat en établissant, au moyen d'une expertise même, l'excellence de la chose. L'acheteur est « *libre* d'agréer la chose ou de la refuser » ; il n'y a plus de vente à l'essai proprement dite, si cette liberté est restreinte.

Lorsque la chose est refusée, elle doit être restituée au vendeur avec tous ses fruits ; si elle est agréée, elle reste à l'acheteur avec tous ses fruits également.

342. Mais l'acheteur n'a pas le droit d'ajourner indéfiniment sa décision sur la question de l'acceptation ou du refus. S'il ne se prononce pas dans un certain délai, la loi interprète son silence de la manière suivante :

1° *Lorsque l'examen doit se faire chez le vendeur, celui-ci cesse d'être lié*, nous apprend l'art. 270, *si l'acheteur n'a pas agréé la chose dans le délai fixé par la convention ou par l'usage local. Faute d'un délai ainsi fixé, le vendeur peut, après un laps de temps convenable, forcer l'acheteur de déclarer s'il agrée la chose, et il cesse d'être lié si l'acheteur ne se prononce pas aus-*

sitôt après. Ainsi, quand l'examen doit se faire chez le *vendeur*, le défaut d'acceptation dans le délai fixé par la convention, l'usage local ou le vendeur lui-même, entraîne la résiliation du contrat. Les parties peuvent d'ailleurs convenir, qu'au contraire, ce défaut d'acceptation emportera conclusion définitive de la vente.

2° *Lorsque la chose a été remise à l'acheteur avant l'examen, la vente est réputée parfaite si l'acheteur ne déclare pas refuser la chose ou ne la rend pas dans le délai fixé par la convention* (non point, unilatéralement, sur la facture[1]) *ou par l'usage local, ou à défaut, immédiatement après la sommation du vendeur* (art. 271, al. 1). Quand la chose est remise à l'*acheteur*, son silence équivaut à une acceptation, sous les conditions exprimées par la loi. On peut se demander si, dans ce cas comme dans celui de l'article précédent, il est nécessaire, en l'absence d'un délai conventionnel ou usuel, de recourir à une sommation ; nous pensons que si les circonstances sont telles que le silence doive être interprété comme un refus (art. 270) ou comme une acceptation (art. 271), la sommation n'est pas de rigueur, quoiqu'il soit prudent de la faire[2]. *La vente*, ajoute l'art. 271, al. 2, *est également réputée parfaite, si l'acheteur paie sans réserve tout ou partie du prix, ou s'il dispose de la chose autrement qu'il n'était nécessaire pour en vérifier la qualité* (cfr. art. 254, al. 2), — s'il la détruit, la transforme, etc.

343. Les art. 270 et 271 n'établissent que des présomptions susceptibles d'être infirmées par la preuve contraire. Il n'est pas douteux, au surplus, que, sauf convention divergente, le vendeur n'est nullement tenu de coopérer à l'essai fait par l'acheteur, ni activement ni par une contribution aux frais de l'examen. En particulier, si la chose a été remise à l'acquéreur avant l'essai, le contrat doit être réputé parfait lorsqu'elle n'est pas refusée ou rendue dans le temps utile, le refus pouvant n'être pas exprès et découler des circonstances, d'une demande de prolongation de délai, par exemple. Enfin, si l'acheteur ne renvoie pas immédiatement la chose refusée au vendeur, il n'a pas perdu les droits dérivant de sa non-acceptation ; il ne doit que des dommages et intérêts, dans l'éventualité où la négligence apportée à rendre la marchandise aurait causé un préjudice au vendeur[3].

[1] *R. j. f.* III. 37.
[2] *R. j. f.* VII, 151 ; cfr. note ad art. 269.
[3] *A. T. F.* XXI, 196 et s.

§ 3. *Autres espèces de ventes non mentionnées par le Code fédéral.*

344. Nous nous contenterons d'énumérer ici, en indiquant leurs caractères généraux, certaines espèces de ventes, dont notre loi ne parle pas, qui rentrent dans son domaine, et sur lesquelles il est utile d'avoir quelques renseignements.

1° La *vente pour échantillon (Kauf zur Probe*, qu'il ne faut pas confondre avec le *Kauf nach Probe* ou *nach Muster* des art. 267 et s. ou avec le *Kauf auf Probe* des art. 269 et s.) est une vente ordinaire régie par les art. 229 et s. : l'acheteur se rend acquéreur d'un échantillon d'une certaine marchandise, en vue de faire une plus ample commande si la marchandise lui convient. A., par exemple, achète six bouteilles de Bordeaux, se réservant d'en acheter davantage si le vin lui plaît.

2° La *vente ad gustum* dont nous parlions tout à l'heure (nº 341).

3° La *vente faite avec réserve de la faculté d'élire command*, c'est-à-dire avec réserve, pour l'acheteur, qui peut être le mandataire d'un tiers ayant intérêt à n'être pas connu immédiatement, de la faculté de désigner, dans la suite, au vendeur une personne pour le compte de laquelle le contrat est censé avoir été fait, cette personne lui ayant « commandé » d'acheter (d'où le mot : *command)*. Une fois le command nommé, c'est lui seul qui assume les obligations de l'acheteur (voir lois franç. du 22 Frimaire an VIII, art. 68, § 1, et du 28 Avril 1816, art. 44 ; cfr. art. 37, 399 C. O.).

4° La *vente en disponible*. C'est celle par laquelle les marchandises peuvent être mises sans délai à la disposition de l'acheteur et vues par lui ; elle est, en général, subordonnée à la condition suspensive de l'agrément de l'acheteur, agrément qui doit intervenir à brève échéance (à l'ordinaire, trois jours).

5° La *vente au compte, au poids ou à la mesure* (cfr. art. 204 et art. 1585 et 1586 C. civ. fr.).

6° La *vente à livrer*, qui est celle où il y a terme fixé et pour la délivrance, et pour le paiement du prix. On l'appelle plus spécialement *vente à livrer* quand elle porte sur des marchandises, *marché à terme* quand elle a pour objet des valeurs mobilières, actions, obligations, etc. Souvent, le vendeur n'a pas la marchandise ou les valeurs, au moment de la vente ; il spécule sur la baisse, tandis que l'acheteur spécule sur la hausse. Voir l'art. 512, al. 2.

7° La *vente par filière*, très usitée à Paris et Marseille, pour les blés, farines, huiles, n'est autre chose qu'une variété de la vente à livrer, qui rend plus rapides les transactions commerciales, simplifie les paiements successifs du prix, diminue les frais des transports que nécessiterait la livraison à toutes les personnes qui l'une

après l'autre ont acheté les marchandises. Ainsi A. vend à B. 100 hectolitres de blé pour 2000 fr.; B. les revend à C. pour 2400 fr., C. à D. pour 2500. D. paie 2000 fr. à A., puis remet à C. 500 fr. dont 400 appartiennent à B., et les marchandises ne sont livrées qu'à lui.

8° La *vente de marchandises déposées dans des entrepôts* (cfr. art. 209); voir les art. 1537 et s. du projet de Code civil suisse.

§ 4. *Ventes non soumises aux art. 229 et s.*

345. Ce sont :

1° celles spécifiées plus haut, sous nos 293 et 294;

2° les *ventes de créances*, régies par les art. 183 et s.

CHAPITRE III

De l'échange.

346. On se rappelle que l'échange diffère de la vente en ce que, dans celle-ci, il y a une chose et un prix, tandis que, dans l'échange, il y a deux choses qui se tiennent respectivement lieu de prix. Si l'échange est un contrat purement consensuel en droit français, il a, en droit fédéral, plutôt le caractère d'un contrat réel, car il n'est parfait, il n'a transféré la propriété que lorsque les parties ont été mises en possession de la chose contre laquelle elles ont échangé la leur.

347. *Les règles de la vente* — art. 272 — *s'appliquent par analogie au contrat d'échange, en ce que chacun des copermutants est traité comme vendeur quant à la chose qu'il promet et comme acheteur quant à la chose qui lui est promise.* Nous renvoyons plus particulièrement au texte des art. 230, 231, al. 2, 232 à 242, 243 à 250, 252, 254 à 260 (ce dernier article, en ce qui concerne l'obligation de prendre livraison).

Les copermutants se devant l'un et l'autre la garantie pour cause d'éviction et de défauts cachés, l'art. 273 nous dit : *Le copermutant qui est évincé de la chose par lui reçue ou qui l'a rendue à raison de ses défauts, peut, à son choix, demander des domma-*

ges et intérêts ou répéter la chose qu'il a donnée. La rédaction de cet article laisse à désirer. En réalité, le coéchangiste a, comme le vendeur, et sous les mêmes conditions, le droit d'opter entre l'action en résiliation et l'action en réduction de prix, selon les art. 235 et s. et 243 et s. Si l'action en résiliation est admissible, il est libre de réclamer sa chose ou des dommages et intérêts ; s'il conserve la chose que son co-contractant lui a livrée, et cela malgré les défauts dont elle est atteinte ou l'éviction partielle qu'il a dû subir, il peut exiger une indemnité dans le sens des art. 242 et 249, tandis que s'il rend cette chose en se faisant restituer la sienne, il n'a droit qu'aux dommages et intérêts résultant directement pour lui de l'éviction ou portant sur la moins-value (cfr. art. 241 et 249).

On est en désaccord sur le point de savoir si le droit d'option de l'art. 273 est créé en modification de l'art. 249 ou de l'art. 253. Nous pensons, avec M. Hafner, que l'art. 253 seul est inapplicable en matière d'échange. Notons encore que, dans les cas des art. 250, 254, al. 2, 255, al. 1, 256, al. 2, il n'y aura lieu qu'à des dommages et intérêts.

TITRE HUITIÈME

DU LOUAGE DES CHOSES[1]

348. Le titre huitième est exclusivement consacré au louage des choses, à la *locatio conductio rerum,* au *bail à loyer* et au *bail à ferme.* Le louage de services et le louage d'ouvrage font l'objet des deux titres suivants. On entend, en général, par le louage un contrat en vertu duquel une personne (le bailleur, le locateur) s'engage à mettre, pendant un certain temps, sa chose ou son activité au service d'une autre personne, moyennant un prix (loyer, fermage, salaire, etc.), que cette dernière s'oblige à payer.

CHAPITRE PREMIER

Historique et généralités.

349. La notion même du louage des choses a subi de nombreuses et profondes transformations. Pendant le moyen âge, par exemple, certaines variétés du bail confèrent non seulement un droit de jouissance, mais absorbent presque le droit de propriété et tendent à se confondre avec lui. La législation moderne a replacé le louage des choses dans ses véritables limites, pour en faire un simple droit de jouissance concédé pendant un certain temps et non transmissible par voie de succession.

Les art. 274 et s. se rapprochent plutôt du droit privé germanique

[1] *Haberstich,* II, 58 et s. *Jacottet,* 184 et s. *Schneider et Fick,* 443 et s. *Hafner,* 134 et s. *F. H. Mentha,* Critique, etc., 63 et s. *Du contrat de bail* (à loyer), par C. Grivet, Lausanne, in-8°, 1891. *Darstellung und Critik der Bestimmungen des schw. O. R. über die Sachmiethe,* par A. Janggen, Bâle, in-8°, 1889. *J. d. T.* XXIX, 577 et s.

que du droit français, notamment en ce qui concerne l'une ou l'autre cause de résiliation du bail et la garantie des obligations tant de l'un que de l'autre des contractants.

350. Notre loi distingue toutefois, comme le droit français, dans le louage des choses, le *bail à loyer*, qui s'applique essentiellement aux meubles et aux maisons, et le *bail à ferme*, qui porte sur les biens ruraux, ainsi que sur les droits productifs mentionnés à l'article 296 ; mais le titre huitième du C. O. est l'une des parties les plus défectueuses de notre droit des obligations, ne fût-ce déjà qu'au point de vue de l'ordonnance des matières et du privilège du bailleur (voir art. 294, ainsi que art. 282 et s. L. P.).

En thèse générale, toutes les choses qui sont susceptibles d'être vendues, le sont également d'être louées, — la vente ayant pour objet un transfert de propriété, le bail un transfert de jouissance. Mais comme le bail impose au locataire l'obligation de restituer la chose louée *in specie*, l'idée même de ce contrat est incompatible avec la nature de certaines choses qui, se détruisant par l'usage, ne peuvent être restituées, comme aussi avec les choses fongibles en général, sauf celles qui sont les accessoires d'un immeuble loué, les pailles, engrais, etc. Il est, d'autre part, des choses qui peuvent être louées mais non vendues ; c'est le cas des biens du domaine national ou communal public, ainsi des places publiques qu'on loue tous les jours, mais qui sont inaliénables en principe.

351. Si la vente ressemble au bail, en ce que les deux contrats ont trois éléments communs : une chose, un prix, le consentement des parties, elle en diffère, nous l'avons vu, en ce que le vendeur s'oblige à rendre l'acquéreur propriétaire, alors que le bailleur n'est tenu que de faire jouir le preneur. A d'autres égards, il ne faut pas confondre le louage, constitutif de simples droits personnels, avec l'usufruit qui est un droit réel, et qui oblige simplement le nu-propriétaire à *laisser jouir* l'usufruitier, à ne pas mettre d'obstacle à l'exercice de son droit de jouissance, tandis que le bailleur est tenu de *faire jouir* le preneur, de lui procurer la jouissance de la chose louée. Voir n° 290.

352. La législation cantonale n'est plus réservée, dans la matière du titre VIII, qu'aux termes de l'art. 281. En revanche, les cantons peuvent subordonner l'octroi de *patentes d'auberge* à un preneur, aux deux conditions suivantes : que le propriétaire demande la patente et qu'il réponde du paiement des droits de l'Etat[1].

---

[1] A. *T. F.* XIX, 332 ; cfr. *ibid.* XIV, 210, XV, 148.

CHAPITRE II

Du bail à loyer.

SECTION PREMIÈRE

Nature, objet et forme du contrat.

§ 1. *De sa nature et de son objet.*

353. Le louage est un contrat consensuel *(solo consensu perficitur)* et synallagmatique. Il semble, à considérer la lettre des art. 274 et 296, qu'il n'existe, entre le bail à loyer et le bail à ferme, aucune divergence quant à leur nature. L'un et l'autre imposent au bailleur l'obligation de « faire jouir » le preneur. Mais à rapprocher le texte allemand de la traduction française, on remarque bientôt une différence capitale. Le bail à loyer ne confère que l'usage *(usus)* de la chose, le bail à ferme l'usage et les fruits *(usus et fructus)* ; dans le premier cas, le bailleur ou locateur (voir nº 446 *bis*) ne cède sa chose que *zum Gebrauch*, dans le second, *zum Gebrauch der Früchte oder Erträgnisse*. Au reste, l'objet de ces deux contrats n'est pas le même : le bail à loyer ne peut exister qu'à l'égard d'immeubles non productifs et de meubles, le bail à ferme à l'égard d'immeubles et de droits productifs[1].

354. Le bail à loyer est défini comme suit à l'art. 274 : *Le bail à loyer est un contrat par lequel l'une des parties, le bailleur, s'oblige à faire jouir* (ou mieux : « à abandonner l'usage ») *d'une chose l'autre partie, le preneur, moyennant un prix ou loyer que le preneur s'oblige à lui payer* (cfr. art. 294 C. O. et 208 L. P. au sujet de l'étendue des droits du bailleur quant aux loyers).

[1] *A. T. F.* XIX, 331 et s. (le fait de concéder la jouissance de locaux pour l'exercice d'une industrie, par exemple, de salles d'auberge pour l'exploitation d'une auberge, mais sans la patente, est non un bail à ferme, mais un bail à loyer), XXVII[2], 40 et s. (est soumise aux art. 274 et s. la location, contre prix d'abonnement, d'une paroi pour y placer des affiches-réclames).

On remarquera d'abord que la *durée* n'est pas un élément constitutif du contrat (cfr. art. 1709 C. civ. fr.). Mais on ne voit pas aussi bien ce qui peut être l'objet du bail. « Une chose », nous dit l'art. 274. Quelle chose ? Non point toute espèce de choses évidemment (cfr. art. 296), mais essentiellement des *maisons* et des parties de maisons (et même du terrain, quand celui-ci est l'accessoire du bâtiment loué[1] ; ou quand il n'est pas loué pour être exploité, pour produire, mais bien pour servir à l'établissement d'un chantier, à l'installation d'un marchand forain, etc.), ou des *meubles*. D'un autre côté, le bailleur peut donner à bail sa chose ou même la chose d'autrui (cfr. art. 285).

355. Relativement au prix, qui sera fixé dans le contrat ou, plus tard, par les parties ou le juge, il peut être acquitté en argent, ou même en services ; mais, dans cette dernière éventualité, le contrat pourra tenir davantage du louage de services que du bail. Ainsi déciderait-on qu'il y a louage de services, et non point bail, lorsqu'un employé recevrait de son patron le logement, outre le salaire. Enfin le prêt à usage (cfr. art. 321) est, contrairement au bail, gratuit de son essence.

§ 2. *De sa forme.*

356. On peut louer par écrit ou verbalement, disait l'art. 1714 C. civ. fr. Il en est de même en droit fédéral, sauf l'importante exception de l'art. 275, al. 2, que M. Grivet a critiquée avec raison, « comme peu conforme à la science du droit, et surtout à l'expérience et aux besoins des transactions ». En ce qui concerne la *preuve*, nous renvoyons à ce que nous avons exposé p. 50 et s. Si cependant des *arrhes* ont été données, elles seront réputées, sauf usage ou convention contraire, faire preuve de la conclusion du contrat (cfr. art. 178).

357. La loi prescrit à l'art. 275 : *Le bail à loyer n'est soumis à aucune forme spéciale. — Toutefois, lorsque la chose louée est un immeuble, et que les clauses arrêtées par les parties dérogent au présent Code, sans y avoir été expressément réservées, la forme écrite est nécessaire pour les dites clauses.* Il est loisible en somme de constater le bail par acte authentique ou sous seing privé, ou de le faire reposer sur une simple convention verbale, au point de vue de sa validité. Mais les clauses qui, dans les *baux d'immeubles*, dérogeraient à la loi, n'auront d'effet que si

[1] *Bucher*, l. c., n° 1080.

elles résultent d'un écrit (cfr. art. 11 et s.). On a voulu mettre fin ou couper court aux contestations qui naîtraient de dérogations convenues de vive voix. Les parties ayant, par exemple, stipulé, en opposition à l'art. 282, de faire supporter les charges et impôts au preneur, le bailleur ne pourrait s'en exonérer, sur le refus du preneur de les acquitter, qu'en représentant un écrit renfermant une clause de libération en sa faveur. Néanmoins les mots « sans y avoir été expressément réservées » signifient que les modifications apportées au régime du Code ne doivent pas être nécessairement constatées par écrit, lorsque le législateur les autorise sans autre, comme aux art. 286, 289, 290, 291 ; ceci affaiblit singulièrement l'utilité de l'art. 275, al. 2, et il y a même une contradiction flagrante en ce qu'il est permis de déroger sans écrit à la loi relativement aux clauses importantes du congé et de la durée du bail[1], tandis qu'on refuse cette liberté quand il s'agit de clauses secondaires, comme celle de l'art. 282 !

SECTION DEUXIÈME

Du bail à loyer d'immeubles.

358. De nombreux articles (275, al. 2, 281, al. 2 et 3, 290, al. 1, 292, 294, 295) se référant exclusivement au bail à loyer d'immeubles, nous en traiterons séparément et en détail sous la présente section ; sous une section suivante, nous nous occuperons brièvement du bail à loyer de meubles, en exposant ou en rappelant ceux des textes légaux qui le concernent.

§ 1. *Obligations du bailleur.*

359. On pourrait s'imaginer, en lisant l'art. 274, que le bailleur a une seule obligation : celle de « faire jouir » le preneur, ou mieux, de lui abandonner l'usage de la chose louée. Mais cette obligation est complexe, et nous pouvons la décomposer en plusieurs obligations distinctes :

360. 1° *Obligation de délivrer la chose.* L'art. 276 dit à ce propos : *Le bailleur est tenu de délivrer la chose dans un état*

[1] *A. T. F.* XVI, 564 (la convention d'après laquelle un bail à loyer ne pourrait être dénoncé avant la vente de l'immeuble loué déroge évidemment aux principes généraux de la loi et doit être reçue en la forme écrite).

approprié à l'usage pour lequel elle a été louée... Il s'agit ici du *vertragsmässiger Gebrauch*, de l'usage convenu expressément ou tacitement entre les parties. Cette première obligation comprend la mise de la chose louée à la disposition du preneur et la délivrance dans les termes de l'art. 276; sinon, le locataire aurait le droit de se départir du contrat (art. 122 et s., 277). En particulier, le bailleur doit, au moment de l'entrée en jouissance, avoir exécuté toutes les réparations, même locatives, — sauf stipulation contraire, qui, dans un bail d'immeubles, ne pourrait être constatée valablement que par l'écriture (cfr. art. 275, al. 2). La délivrance consistant dans le fait d'attribuer au preneur l'usage de la chose, le bailleur est tenu à garantie pour tous les vices ou défauts de la chose qui en empêcheraient l'usage prévu; mais le preneur qui a visité les lieux loués avant de conclure et qui n'a élevé aucune réclamation au sujet des *défauts apparents*, a par cela même renoncé à se prévaloir de ceux-ci[1]. C'est une *quaestio facti* que celle de décider si le propriétaire a satisfait à la première partie de l'art. 276. Le locataire d'un appartement peut exiger, entre autres, que les locaux loués n'offrent aucun danger pour la santé, qu'ils ne soient pas humides[2], par exemple, qu'ils soient propres, suffisamment aérés, pourvus de fenêtres complètement vitrées et même de doubles fenêtres, si celles-ci sont nécessaires, comme aussi de tous autres accessoires indispensables. Le preneur aura la faculté, s'il se présente l'une ou l'autre défectuosité de quelque importance, de demander, suivant les cas, la résiliation du contrat, ou de forcer son bailleur à y remédier, ou y remédier lui-même, sauf à se faire rembourser ou à compenser ses débours de ce chef (cfr. art. 469 et s.). Au reste, la circonstance que le locataire a accepté les choses dans l'état où elles se trouvaient, après inspection, ne décharge pas le bailleur de l'obligation de répondre des *défauts cachés*, découverts plus tard[3].

La sanction de cette obligation nous est fournie par l'art. 277, al. 1: *Si la chose est délivrée dans un état tel qu'elle soit impropre à l'usage pour lequel elle a été louée, ou que cet usage en soit notablement amoindri, le preneur a le droit de se départir du contrat conformément aux articles 122 à 125*, — c'est-à-dire après mise en demeure préalable et fixation au bailleur d'un délai convenable pour s'exécuter, dans le cas de l'art. 122 (cfr. toutefois art. 123, 125), toute action en restitution des loyers payés d'avance et en dommages et intérêts (ceci, en cas de faute du bailleur) étant au surplus réservée. Il se peut aussi que le contrat renferme une clause ou soit formé dans des circonstances telles, qu'il rentre dans

[1] *A. T. F.* XXI, 231 et s.; cfr. *R. jud.*, 1896, 165.
[2] *R. j. f.* II, 103.
[3] *J. d. T.* LII, 522 (arrêt du T. F., du 12 Mars 1901).

l'hypothèse de l'art. 123, quand, notamment, il aura été conclu en vue d'une fête, d'une foire, etc., ou que l'exécution en soit devenue inutile pour le preneur (art. 125) : dans ces deux espèces, le locataire peut se départir immédiatement de la convention [1]; mais la simple indication du jour de l'entrée en jouissance ne donne pas au contrat le caractère d'un *Fixgeschäft* et n'autorise pas le preneur, faute d'exécution ponctuelle de la part de l'autre partie, à s'en désister sans autre formalité [2]. En résumé, le preneur peut choisir entre l'exécution (art. 110 et s.) et la résiliation (art. 122 et s.), quand son co-contractant contrevient aux art. 276 et 277, al. 1.

Pour que le preneur soit fondé à se prévaloir de l'art. 277, al. 1, il faut cependant que la chose soit *impropre* à l'usage pour lequel elle a été louée, ou que cet usage soit *notablement* amoindri : les défauts moins graves ne l'autoriseraient qu'à exiger une réduction proportionnelle du loyer [3]. On consultera, pour l'appréciation des faits, en première ligne, la convention des parties, ensuite la destination générale de la chose louée, et il importe d'ailleurs peu que les causes de résiliation prévues à l'art. 277 soient amenées par les défauts de la chose ou par l'attitude ou la conduite du bailleur [4]. Voici quelques exemples : un immeuble exploité comme hôtel ou restaurant est loué dans le but d'être exploité comme du passé, mais, lors de l'entrée en jouissance, la concession ou la patente est retirée par l'autorité, à raison d'une faute ou même sans faute du bailleur; un appartement est, par suite d'incendie, ou de tremblement de terre, ou d'inondation, mis dans un état tel qu'il est impossible ou serait dangereux de l'habiter, etc.; ou bien, l'immeuble loué est malsain, humide, délabré, infecté de punaises [5], ou l'on y a installé, depuis le contrat, une industrie très bruyante, ou peu honorable (voir n° 361), pouvant provoquer des maladies par

[1] *A. T. F.* XIX, 902 (le preneur peut se départir sans autre du contrat, lorsque les défauts sont tels qu'il ne pourrait y être remédié dans le délai de l'art. 122, et cela même quand il n'y aurait ni *Fixgeschäft*, ni cas de l'art. 125 (voir ad art. 122).

[2] *R. j. f.* IV, 21.

[3] *J. d. T.* XLIII. 336, voir n° 362.

[4] *R. j. f.* III, 39, 40, 155, VII, 151.

[5] *A. T. F.* X, 282, XV, 283 et s. (si la maison est infectée de *vermine*, blattes, cafards et souris, c'est précisément là un défaut qui ne justifierait la résiliation que dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il ne serait plus possible de remédier à l'infection par les moyens ordinaires, et, en général, on ne pourra que contraindre le bailleur à prendre les mesures nécessaires pour détruire ces parasites ; — au contraire, quand un local est infecté de punaises d'une manière tant soit peu sérieuse, on ne saurait exiger du locataire qu'il continue le bail, à moins qu'il n'ait dû s'attendre à cet inconvénient) ; cfr. *Sem. jud.*, 1898, 670. *J. d. T.* XLII, 447 (des *propos diffamatoires* tenus par le bailleur sur le compte du preneur autorisent celui-ci à invoquer l'art. 277, al. 1), et *A. T. F.* XXX², 101.

voie de contagion (hôpital de phtisiques, de cholériques, etc.). Mais le locataire, qui examine la chose louée avant de conclure, et qui n'a pas formulé de réclamations, n'est plus en droit de se prévaloir ultérieurement de *défauts apparents* à première vue et qui ont un caractère durable, en ce qu'ils sont inhérents au mode de construction, à la situation de l'immeuble, à sa destination actuelle. Lorsqu'un bâtiment est loué après une inspection des lieux, il faut admettre que, dans la règle et sauf les engagements particuliers que le bailleur a pu prendre, ce dernier n'a entendu garantir que le degré de commodité, d'utilité, de confort, tel qu'il tombe immédiatement sous les sens et se manifeste à premier examen. Le preneur est, en revanche, autorisé à réclamer pour les défauts provenant du mauvais état d'entretien, ainsi que pour des inconvénients durables qui amoindriraient notablement l'usage de la chose, quand un examen préalable ne pouvait les faire découvrir[1].

361. Une question que nous avons déjà touchée, mais qui mérite d'être discutée, est celle de savoir si l'amoindrissement de la jouissance, ou l'impropriété de la chose, peut résulter de circonstances qui n'affectent pas l'état extérieur de la chose elle-même. MM. Schneider et Fick donnent à ce sujet l'exemple suivant : une honnête famille loue un appartement à proximité duquel un lieu de débauche est nouvellement établi. Selon ces auteurs, le droit à résiliation existe. Nous pensons de même que l'art. 277, al. 1, est applicable, lorsque l'usage de la chose est compromis ou amoindri notablement par des faits n'atteignant pas la nature de la chose elle-même, mais consistant dans des troubles causés par le propriétaire ou même par un tiers. La loi ne distingue pas, et c'est arbitrairement que M. Haberstich ne veut admettre, dans ce cas, une faculté de résilier qu'en vertu de l'art. 292, qui ne vise d'ailleurs que l'hypothèse d'une « continuation » du bail rendue intolérable (voir encore n[os] 360 et 364 *bis*).

362. On sait que l'amoindrissement de la jouissance, comme aussi sans doute l'impropriété, doit être « notable » pour engendrer une action en résiliation ; les *petits défauts* ne permettent au preneur que d'inviter l'autre partie à y remédier, ou que d'y remédier lui-même aux frais de celle-ci. Les juges, qui auront à appliquer l'art. 277, al. 1, devront considérer l'impropriété de la chose ou l'amoindrissement de jouissance, non pas à un point de vue général et *in abstracto*, mais en tenant compte de la situation du preneur, de son intérêt, de ses besoins ; son simple agrément ne serait pas suffisant pour le placer au bénéfice de la dite disposition légale. Il va de soi, d'ailleurs, que le propriétaire ne peut pas, une fois qu'il a

[1] *A. T. F.* XV, 283 et s.; cfr. *J. d. T.* XLIII, 334.

un locataire dans la maison, être empêché d'exploiter son immeuble à sa façon, à la seule condition de ne pas gêner sérieusement le preneur et que, pour citer une solution de notre jurisprudence, il aurait le droit d'établir dans sa maison un hôpital privé contenant même une vingtaine de lits[1], — si, naturellement, il n'y avait pas de contagion à redouter.

363. En ce qui regarde la *perte*[2] de la chose louée, voir les art. 110 et s. et 145. Si la chose est détruite en entier, le contrat est résolu *ipso facto*, sous réserve de tous dommages et intérêts, en cas de faute du bailleur ; si elle n'est détruite qu'en partie, on retombe dans les cas de l'art. 277 combiné avec les art. 110 et s.

364. 2° *Obligation d'entretenir la chose en bon état.* Le bailleur n'est pas seulement astreint à délivrer la chose, il doit encore *l'entretenir en bon état pendant toute la durée du bail* (art. 276. *in fine*), veiller à ce qu'elle demeure propre à l'usage pour lequel elle a été louée, et à ce que cet usage ne soit pas notablement amoindri par son fait, par le fait d'un tiers, par cas fortuit, etc. C'est là ce qu'on appelle l'obligation d'entretien, qui se confond, dans une certaine mesure, avec celle dont nous traiterons sous chif. 3 ci-après ; elle est sanctionnée par les art. 110 et s. et 277, al. 2. Cette dernière disposition est ainsi conçue : *Lorsque la détérioration* (c'est-à-dire, ainsi que cela résulte du texte allemand, le fait de l'impropriété de la chose, ou l'amoindrissement notable de l'usage ; cfr. art. 277, al. 1) *se produit pendant la durée du bail, sans la faute du preneur, il peut exiger une réduction proportionnelle des loyers, et même se départir du contrat si la chose n'est pas remise en état dans un délai convenable* (cfr. art. 278, 284). Et même, d'après l'art. 277, al. 3 : *Si le bailleur est en faute, le preneur a droit, en outre, à des dommages et intérêts*[3]. Le Code ne distingue pas entre les « détériorations », qui seraient occasionnées par le bailleur, par un tiers, ou par un cas fortuit[4], sauf pour la question des dommages et intérêts ; s'il y a *perte* totale ou partielle, le contrat est, ou bien résolu par le fait même, ou bien résoluble ou susceptible de modification quant au prix suivant l'art. 277, al. 2. Si les défauts qui ont produit la « détérioration » existaient déjà lors de l'entrée en jouissance, mais n'ont pu être découverts que

[1] *R. j. f.* III, 156.

[2] *A. T. F.* XIV, 729.

[3] *J. d. T.* XLIX, 396, arrêt du T. F., du 19 Avril 1901 (cette faute résulterait déjà de l'inexécution de ses engagements, par le bailleur, sauf à l'excuser par des faits dont il ne pourrait être rendu responsable) ; cfr. *R. j. f.* XX, 127 (arrêt du T. F., du 6 Mai 1901).

[4] *H. E.* VIII, 189.

plus tard et n'ont pas été acceptés expressément ou tacitement, on appliquera, non point l'art. 122, mais l'art. 277, al. 2, qui permet de choisir entre la résiliation et la réduction des loyers [1].

S'il y a faute du preneur, s'il a négligé de faire les réparations locatives lui incombant, s'il a dégradé l'immeuble, s'il l'a rendu malsain, etc., il n'a aucune des actions de l'art. 277 *in fine* (cfr. art. 282, al. 2, 283, 284). Si aucune faute ne lui est imputable, il a une action en réduction proportionnelle du prix fondée sur le seul fait de la détérioration (cfr. toutefois art. 284), et si le bailleur n'a pas remis les choses en état dans un délai convenable, dont la durée s'apprécie eu égard aux règles posées à l'art. 122, le preneur a une action en résiliation et même en dommages et intérêts dans l'espèce de l'art. 277, al. 3. C'est au preneur qu'incombe la *preuve*, car on admet que la chose louée lui a été délivrée en bon état, et la faute du bailleur ne se présume point [2].

364 *bis*. Notre Code ne mentionne pas spécialement les « troubles de fait », qui, s'ils sont causés par le bailleur (qui aurait, par exemple, menacé de mort le preneur [3], ou qui mènerait une conduite scandaleuse dans la maison louée [4], ou qui y établirait un lieu de débauche), engagent sa responsabilité. Et nous ajoutons qu'il en serait de même pour les troubles de fait occasionnés par des tiers [5], ceci en contradiction avec l'art. 1725 C. civ. fr. En effet, nous ne possédons pas une disposition exceptionnelle de la portée de celle qui existe en droit français ; si donc un tiers entravait, par son fait, l'usage approprié de la chose, en bâtissant un mur qui enlèverait la lumière au preneur, en installant auprès de la maison louée une industrie honteuse, ou très bruyante, ou malsaine, l'art. 277, al. 2, serait certainement applicable en principe, et l'on ne saurait prétendre que l'art. 292 pourrait seul être invoqué. Il suffira qu'il y ait une « détérioration » dans le sens que nous avons donné à ce mot et qu'explique l'art. 277, al. 1, pour que le locataire puisse demander une réduction des loyers ou la résiliation. Mais les troubles de fait provenant de tierces personnes n'entraînent sans doute pas garantie, lorsqu'ils seront provoqués par l'incurie ou le défaut de surveillance du preneur, ou qu'ils constitueront un acte de vengeance ou un acte délictueux dirigé contre sa personne. Pas plus en droit fédéral qu'en droit français, on ne pourrait rendre le bailleur respon-

[1] *A. T. F.* XV, 395 et s. *Contra : J. d. T.* XXXII, 281.

[2] *A. T. F.* XV, 394. — Exemples de calcul des dommages et intérêts, cfr. *ibid.* XV, 382, XIX, 904.

[3] *R. j. f.* III, 39.

[4] *Sem. jud.* VI, 104.

[5] *Sem. jud.* 1893, 322 (le bailleur est responsable des troubles de fait même provenant d'un tiers, sans aucune faute de sa part).

sable des troubles de fait suivants cités par Pothier et qui, quoique se rapportant plutôt au bail à ferme, peuvent très bien se placer ici (cfr. art. 297) : Des laboureurs font paître leurs troupeaux dans les prés d'une métairie que je tiens à ferme, et ce par voie de fait, sans prétendre en avoir le droit ; des voleurs, au clair de la lune, vendangent les vignes que j'ai louées ; des gens jettent du coclevant dans les étangs et en font mourir les poissons. En pareils cas, le preneur n'aura que le droit de poursuivre l'auteur du trouble. Si, en revanche, j'ai loué un appartement pour y être tranquille, m'y livrer aux travaux de l'esprit, et qu'un chaudronnier vienne exercer dans mon voisinage immédiat son métier assourdissant ; ou si, ayant pris à bail un logement jouissant d'une vue superbe, un tiers me masque le paysage par une construction, etc. ; ou si l'administration faisant exhausser le sol de la rue, je me trouve littéralement encavé, — dans ces diverses circonstances, pourvu que la « détérioration » ait l'importance requise par l'art. 277, al. 1, je pourrai, en principe, recourir à l'une ou l'autre des actions que l'art. 277, al. 2 et 3[1], donne au preneur.

365. Revenons à l'obligation d'entretien elle-même et voyons comment notre loi traite la question des *réparations* et des *charges* au point de vue du bailleur. *Le bailleur*, dit l'art. 282, al. 1, *supporte les charges et les impôts qui grèvent la chose louée*, — sauf convention écrite ou usage contraire. La loi comprend ici les seules charges qui frappent directement l'immeuble loué sans égard à l'industrie que le preneur peut y exercer, ainsi les charges publiques proprement dites, impôt foncier, primes d'assurance contre l'incendie, etc., mais non point, par exemple, les patentes d'auberge[2] et autres redevances de même nature qui sont plutôt des charges personnelles du locataire. Quant aux logements militaires et autres charges exceptionnelles imposées aux habitants d'une localité, et non à la propriété même, c'est au preneur qu'ils incombent.

Les grosses réparations sont à la charge du bailleur, suivant l'usage des lieux (art. 282, al. 2 *pass.*). L'usage des lieux sera, dans les cantons où il existait des prescriptions spéciales sur ce point, conforme à l'ancien droit cantonal (voir p. 17), mais il faudra prouver l'existence de cet usage en invoquant des témoins ; il ne suffirait pas de s'en référer au droit abrogé. Ainsi à Genève et dans le Jura bernois (cfr. art. 1754 à 1756 C. civ. fr.), les grosses réparations seront celles des voûtes, des murs, de la poutraison, de la boiserie en général, de la toiture, lorsqu'elles auront quelque impor-

[1] *A. T. F.* XXX[2], 244 et s. (art. 277, al. 2 et 3).
[2] *R. j. f.* IV, 75.

tance; nous apprendrons tantôt que le preneur supporte les menues réparations.

366. *Si, durant le bail,* — art. 278 — *la chose louée a besoin de réparations urgentes (Ausbesserungen,* et non point des modifications ou reconstructions), *le preneur doit les souffrir, sans préjudice des droits qui lui appartiennent en vertu de l'article 277.* Il peut demander, s'il est sérieusement troublé dans sa jouissance, une réduction proportionnelle des loyers, ou se départir du contrat (avec dommages et intérêts en cas de faute du bailleur, ou si les réparations n'étaient pas « urgentes »[1]), lorsque la chose n'est pas remise en état dans un délai convenable. Cet art. 278 consacre une innovation très pratique; il laisse aux parties et aux juges toute la liberté désirable.

367. 3° *Obligation d'assurer l'usage paisible de la chose.* Nous avons anticipé sur cette matière en traitant plus haut de ce que la doctrine française désigne sous le nom de « troubles de fait ». Nous nous occuperons donc essentiellement des « troubles de droit ». Le bailleur n'est pas autorisé, sauf dans l'espèce de l'art. 278, à troubler la jouissance de son locataire, ni en fait ni en droit. Et même, il répond, en principe, des troubles de fait (v. n° 364 *bis*) et de droit causés par des tiers. *Si,* porte l'art. 280, *un tiers fait valoir sur la chose louée un droit incompatible avec celui du preneur, le bailleur est tenu, sur l'avertissement du preneur, de prendre fait et cause pour lui au procès, et, dans le cas où le preneur serait troublé dans sa jouissance, telle que la détermine le contrat* (ou la nature des choses), *de l'indemniser du préjudice qu'il éprouve.* Cet article va, selon nous, au delà de la notion du « trouble de droit »; il vise non seulement les cas d'éviction où un tiers fait valoir un droit réel sur la chose, mais aussi tous les cas dans lesquels un tiers élève des prétentions quelconques sur la chose louée et en compromet l'usage[2]. Ainsi un tiers prétend être propriétaire de la chose louée, ou avoir sur elle un droit de servitude que le locataire devrait souffrir, et il intente contre ce dernier une action en revendication ou une action confessoire; ainsi encore, la jouissance du preneur est diminuée par suite d'une autorisation que le propriétaire donne à un tiers de se servir, dans tel ou tel but, de la maison remise à bail, ou elle est entravée parce qu'un tiers veut avoir pris à bail une partie de l'immeuble loué et s'en est emparé, etc. La loi n'oblige pas le bailleur à garantie dans la seule hypothèse où une action judiciaire serait intentée au pre-

[1] *R. j. f.* IV, 137.
[2] *Bucher,* l. c., n° 1129; cfr. *Sem. jud.,* 1893, 87 (art. 280 et 281 s'appliquent aussi aux *troubles de fait*).

neur ; ceci découle des art. 280 et 284 combinés. Soit que l'auteur du trouble ait actionné le locataire, soit qu'aucune action n'ait encore été introduite, comme si un tiers s'installe dans la maison que j'ai louée en invoquant son droit de propriétaire, soit que les prétentions du tiers ne se manifestent qu'au cours de l'action intentée par le preneur pour écarter des troubles qui avaient, au début, l'apparence de simples troubles de fait, — dans tous ces cas, le preneur doit avertir (cfr. art. 284) le bailleur de ce qui se passe et celui-ci a l'obligation de faire cesser le trouble, notamment, s'il y a déjà procès, en prenant fait et cause pour son locataire, et, si le procès n'est pas encore engagé, en supprimant, comme il le jugera à propos, les effets du trouble. Le preneur, lui, a la faculté de mettre en cause son bailleur et, le cas échéant, de le faire condamner à des dommages et intérêts, si le bail se trouve forcément résilié, ou si le trouble constitue un motif de résiliation, ou si la chose louée ne présente plus le même avantage (cfr. art. 277, 280) ; il a même un droit d'action direct contre l'auteur du trouble [1], mais il risque, en procédant contre lui, sans avertir le bailleur, de s'exposer aux conséquences du défaut d'avertissement. Le preneur n'est pas tenu, pour pouvoir réclamer une indemnité, de prouver la faute du bailleur ; il suffit que lui-même ne soit pas en faute.

L'avertissement de l'art. 280 n'est pas une condition *sine qua non* de l'existence d'un droit de recours du preneur contre le bailleur aux fins de se faire indemniser. Seulement le défaut d'un avis régulièrement donné permettra au bailleur, à moins que celui-ci n'eût connaissance du trouble d'une autre manière et en temps utile, de combattre les réclamations de son locataire, et même de lui demander des dommages et intérêts, en établissant qu'il aurait pu repousser le trouble du tiers s'il avait été prévenu à temps. Nous ne pouvons, en somme, que rappeler ici les art. 238 et s. et les développements figurant sous nos 303 et s.

§ 2. *Obligations du preneur.*

368. Le preneur doit : 1° user de la chose en bon père de famille et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail ou qui résulte des circonstances ; 2° payer le prix du bail aux termes convenus, ou fixés par la loi ou l'usage ; 3° restituer la chose louée à la fin du bail.

369. 1° *Obligation d'user de la chose louée en bon père de famille*. Elle est exprimée à l'art. 283 : *Le preneur est tenu d'user* [2]

[1] *R. j.* III, 89.

[2] Mais, en principe, il n'est pas forcé d'en user (*R. j. f.* IX, 99).

de la chose louée en bon père de famille (al. 1). Il doit aussi en user suivant la destination pour laquelle elle a été ou dû être louée, ensorte que. sauf convention contraire, le bailleur d'un restaurant ne pourrait interdire au preneur d'y donner des bals[1], le bailleur d'une auberge d'y servir de l'eau-de-vie, mais bien le bailleur d'un appartement toujours occupé bourgeoisement d'y installer un café ou un magasin, etc. Le débiteur étant tenu en principe de toute faute, la loi le rend responsable de toutes les dégradations ainsi que, d'une manière générale, de tous les abus de jouissance qu'il commet ou laisse commettre par sa négligence. Voici, au 2e al. de l'art. 283, la sanction de cette première obligation du preneur: *Le bailleur peut demander la résiliation immédiate du bail avec dommages et intérêts[2] si, nonobstant protestation de sa part, le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui pour lequel elle a été louée, ou si, par un abus manifeste, il cause à la chose un dommage durable.* S'il y a dommage durable, par suite d'abus manifeste, le bailleur peut résilier, et, selon nous, sans protestation préalable; nous arrivons à cette conclusion en nous fondant sur les textes allemand et italien, qui parlent de « protestation » dans la seule hypothèse d'un changement de destination. Lorsqu'un semblable dommage sera constaté, le bailleur n'est pas obligé, pour avoir le droit de faire prononcer la résolution immédiate du contrat, d'observer un délai quelconque. Mais dans le cas d'un usage contraire à la destination convenue ou présumable de l'objet du bail, la demande en résiliation doit être précédée d'une protestation du bailleur et cette protestation elle-même suivie, dans un délai convenable, du refus exprès ou tacite du preneur de s'y conformer. Je loue, par exemple, à un professeur ou à un fonctionnaire un appartement; au bout d'un certain temps, soit qu'il ait perdu sa place, soit pour tout autre motif, mon locataire y ouvre un café. Que ferai-je? Je protesterai, verbalement ou par écrit, en veillant à ce que je puisse prouver l'existence de ma protestation. Si mon preneur ne rend pas, dans un délai raisonnable, qu'il n'est pas nécessaire que je lui fixe ou fasse fixer par l'autorité, l'immeuble loué à sa destination primitive, j'actionnerai en résiliation et en dommages et intérêts, ou bien j'exigerai que les transformations opérées dans l'usage de la chose louée cessent, ou je me ferai autoriser à empêcher, aux frais de mon co-contractant, que ma maison soit exploitée dans un autre but que celui qui lui est assigné par la convention ou les circonstances (cfr. art. 110, 112, 116); dans tous les cas, sauf l'indemnité à laquelle je pourrai avoir droit. Qu'arrivera-t-il si mon locataire obtempère à ma som-

[1] *R. j.* V, 204.
[2] *R. j. f.* XI, 68 (ou, s'il le préfère, l'exécution intégrale du contrat).

mation? Je perdrai mon action en résiliation, mais non mon recours en dommages et intérêts si j'ai subi un préjudice. Il importe peu, au surplus, que je sois fondé à invoquer l'art. 283, al. 2, par le fait du preneur lui-même ou d'une personne dont il est civilement responsable (cfr. art. 61, 62, 115). Il va de soi que le bailleur pourrait aussi, dans le cas de l'art. 283, poursuivre l'exécution ponctuelle du contrat et réclamer en outre la réparation du dommage causé par la faute du preneur; cfr. art. 110 et s.

370. Si le dommage n'est pas « durable », n'est que momentané, passager, le bailleur ne peut que se faire indemniser. De même, s'il n'y a pas « abus manifeste », mais simple erreur ou contravention, à moins que la destination de la chose ne soit changée. Relativement au préjudice causé par cas fortuit à l'objet du bail, il est supporté par le propriétaire, sous réserve des droits du preneur fixés à l'art. 277. S'il y a plusieurs locataires, nous ne possédons pas, pour le cas d'incendie, de prescription analogue à celle de l'art. 1734 C. civ. fr. (mod. par une loi du 5 janvier 1883); on appliquera l'art. 60 lorsqu'ils auront tous, ou lorsque plusieurs auront coopéré à l'acte dommageable.

371. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que si le bailleur devait les grosses réparations, le preneur avait, sauf convention contraire, l'obligation de faire les réparations locatives. *Les menus travaux de nettoyage et de réparation, nécessaires pour l'usage ordinaire de la chose louée, sont à la charge du preneur... suivant l'usage des lieux* (art. 282, al. 2). L'usage des lieux sera conforme, dans la plupart des cantons, aux anciennes règles du droit cantonal sur la matière (cfr. C. civ. fr. art. 1754, 1755). On envisagera notamment comme réparations locatives, le remplacement des vitres brisées, même par cas fortuit ou *vis major* (à moins qu'il ne s'agisse de tout ou presque tout « refaire », plutôt que de « réparer »), les réparations aux âtres, aux poêles, aux portes, serrures, peintures, tapisseries, etc. Mais, encore une fois, c'est les usages locaux seuls qu'il faudra prendre en considération.

Quant aux *impenses* faites par le preneur en dehors de ses obligations, voir l'art. 472.

372. *S'il y a lieu*, dit l'art. 284, *de procéder à des réparations qui sont à la charge du bailleur, ou si un tiers élève des prétentions sur la chose louée, le preneur est tenu d'en aviser immédiatement le bailleur, sous peine de tous dommages et intérêts*, — et cela même dans l'éventualité où il aurait sous-loué. Cette obligation n'existe d'ailleurs que si le preneur a eu ou dû avoir connaissance du fait à dénoncer. Il est clair, en outre, que le bailleur n'aurait rien à réclamer si, malgré le défaut d'avis, il n'avait éprouvé aucun préjudice.

373. 2° *Obligation de payer le prix du bail.* Cette obligation devrait être sanctionnée, en sus des dispositions de notre Code sur les effets du défaut de paiement, par une prescription semblable à celle de l'art. 1752 C. civ. fr. : « Le locataire qui *ne garnit pas la maison de meubles suffisants* peut être expulsé, à moins qu'il ne donne des sûretés capables de répondre du loyer ». Pouvons-nous suppléer au silence de la loi et décider, qu'en droit fédéral, le preneur qui ne garnit pas suffisamment les lieux loués est exposé à l'expulsion ? Oui, sans doute[1], en combinant les art. 287 et 294, car l'obligation de payer le prix emporte celle de garantir le paiement pour la durée du bail, soit pour deux ans au maximum (cfr. art. 294, al. 1); et le preneur, qui ne garnirait pas convenablement les lieux loués, tomberait sous le coup des art. 122 et s. Nous avons cru devoir signaler ce point à cette place, et nous reprenons le sujet dont nous avons abordé l'examen.

374. *Paiement du prix.* Pour déterminer le *lieu* du paiement, on recherche la volonté expresse ou présumable des parties et, à défaut, on recourt à l'art. 84, chif. 1. En ce qui concerne le *temps*, l'art. 286 dispose : *Le preneur est tenu de payer les loyers aux termes fixés par le contrat ou par l'usage local. Si aucun terme n'est ainsi fixé, le loyer est payable à la fin de chaque semestre, lorsque les baux ont été faits expressément ou tacitement pour une ou plusieurs années ou pour un ou plusieurs semestres; à la fin de chaque mois, lorsque les baux sont de plus courte durée, et, au plus tard, à l'expiration du temps pour lequel le bail est fait.* Le preneur est donc tenu de payer ses loyers :

1° Au *terme fixé par le contrat,* tout d'abord, ce terme pouvant être fixé verbalement ou par écrit. A. loue à B. un appartement pour un loyer annuel de 1000 fr. payable tous les trois mois. Comme le preneur n'a pas à s'acquitter d'avance, à moins de stipulation ou d'usage contraire (comme il en existe à Genève[2], par exemple), A. paiera 250 fr. à la fin des trois premiers mois depuis son entrée en jouissance, et ainsi de suite.

2° *A défaut de terme fixé conventionnellement, l'usage local* sert de base. Dans nombre de localités, certaines foires ou fêtes sont des époques de paiement pour toutes les prestations périodiques. Dans une bonne partie de la Suisse romande, on ne loue guère que pour Saint-Georges (23 avril) ou Saint-Martin (11 novembre), et les loyers se paient régulièrement, à moins de convention contraire, par semestre ou par année, à l'une ou à l'autre de

[1] *J. d. T.* XXIX, 595. Contra : *Schneider et Fick* (1re éd.), 258, *Jacottet*, 188.
[2] *R. j. f.* III, 42.

ces dates. A. loue à Saint-Imier, dans le Jura bernois, un appartement avec entrée en jouissance au 23 avril, pour une durée d'un an : si un autre terme n'a pas été fixé pour le paiement, le premier semestre de loyer sera dû pour Saint-Martin suivante, soit pour le 11 novembre (et non le 23 octobre, c'est-à-dire au bout de six mois exactement). Les usages varient, au reste, d'après les contrées, les districts et même les communes.

3° *A défaut de terme fixé par le contrat ou l'usage :*

Le loyer est payable à la fin de chaque *semestre*, lorsque le bail est d'une ou de plusieurs années, ou de plusieurs semestres ; on calcule le semestre depuis le moment précis de l'ouverture du bail (cfr. art. 88);

Le loyer est payable à la fin de chaque *mois*, si le bail est fait pour moins d'une année, le mois étant toujours non pas celui du calendrier, mais se comptant depuis le commencement du bail ;

Enfin, pour les baux d'une durée inférieure à un mois et toutes les fois que les dispositions précédentes seraient inapplicables. le loyer est payable, *au plus tard, à l'expiration du temps pour lequel le contrat est passé.*

Les *frais* et loyaux coûts du bail sont, sauf stipulation ou usage contraire, à la *charge du preneur* (arg. art. 232 *in fine*); les loyers *se prescrivent par cinq ans* (art. 147, chif. 1), sauf l'art. 146, al. 2.

375. Il est certaines circonstances dans lesquelles le preneur est en droit de réclamer une *réduction* de son loyer (cfr. art. 277. 278). En revanche, l'art. 279 nous apprend que : *Le preneur qui, par sa propre faute ou par suite d'un accident survenu dans sa personne, ne peut se servir de la chose louée ou n'en peut faire qu'un usage restreint, n'en reste pas moins obligé de payer le loyer tout entier, pourvu que le bailleur ait tenu la chose à sa disposition pour l'usage convenu ; sans préjudice des dispositions de l'article 292,* — qui permettent, sous des conditions déterminées, à raison de « circonstances graves », la résiliation anticipée du bail ; sans préjudice non plus de tous dommages et intérêts. si le non usage entraîne une dépréciation de l'objet du bail[1]. Supposons qu'une personne ait loué un appartement pour une année ; après deux ou trois mois, son logement lui déplaît, ou elle aurait une excellente occasion d'aller s'établir dans un autre endroit, ou elle est condamnée à une peine privative de la liberté pour un temps plus ou moins long, ou encore les médecins l'envoient faire un séjour à Davos ou à Nice, etc., elle n'est pas autorisée à provoquer la résiliation du bail avant le terme fixé, pourvu

[1] *A. T. F.* XXVIII², 239 et s.

que le bailleur tienne la chose louée à sa disposition, c'est-à-dire que le locataire puisse en jouir à son gré (quitte d'ailleurs à s'entendre avec le propriétaire, qui consentira peut-être à résilier moyennant une indemnité plus ou moins forte[1]). On s'est demandé si le bailleur tenait la chose « à la disposition » du preneur, lorsqu'il s'en servait lui-même, sans que ce dernier fût au demeurant empêché d'en prendre possession, ou lorsqu'il abandonnait la chose à la jouissance d'un tiers. Assurément non, à moins qu'en agissant ainsi, le bailleur n'ait eu en vue les intérêts mêmes de son cocontractant, dont il aurait géré les affaires, ou à moins que le preneur ne l'ait expressément ou tacitement autorisé à en user ainsi. Quand le bailleur se sera arbitrairement emparé de la chose, il ne pourra réclamer les loyers que jusqu'au moment où il a cessé de la tenir à la disposition du locataire.

La fin de l'art. 279 (« sans préjudice », etc.) a donné lieu à des interprétations diverses. MM. Schneider et Fick ont proposé la solution suivante: L'art. 279 est seul applicable au louage des meubles; dans le louage des immeubles, on renverra à l'art. 279 ou à l'art. 292, selon les cas. Nous voyons fort bien la raison de cette distinction, l'art. 292 ne visant que les baux immobiliers. Si donc le bail est de choses mobilières et que le preneur ne puisse, par sa faute ou par suite d'un accident survenu dans sa personne, plus se servir de totalité ou partie de la chose louée, il devra payer le loyer intégralement, sans être fondé à résilier, même si la continuation du bail était devenue intolérable pour lui; le preneur d'un immeuble pourrait, par contre, invoquer l'art. 292 et résilier par anticipation, si la continuation du bail était devenue intolérable et s'il se trouvait dans les conditions exprimées au dit article.

376. *Garantie des droits du bailleur*. Un propriétaire ne consentirait jamais à traiter qu'avec des locataires dont la solvabilité ne serait pas douteuse ou qui offriraient des sûretés suffisantes, si la loi n'avait pas établi, en faveur du bailleur, une garantie spéciale, qui facilite les locations d'immeubles en déterminant les bailleurs à être moins exigeants dans le choix de leurs locataires. Déjà le droit romain attribuait au bailleur un privilège sur les meubles apportés dans les lieux loués, et toutes les législations modernes ont conservé cette garantie, soit sous la forme d'un privilège (C. civ. fr., art. 2102, chif. 1), soit sous celle d'un droit de rétention (C. O., art. 294). Notre loi ne renferme pas des dispositions très heureuses sur ce point. On avait fait observer à bon escient, dans un rapport présenté au Conseil d'Etat du canton de Vaud par

[1] Voir *A. T. F.* XII, 639 (le bailleur peut se départir du contrat et réclamer des dom. et int., si le preneur conteste sans motifs plausibles le caractère obligatoire du bail).

une commission chargée d'examiner le projet de 1879, que le droit de rétention du bailleur serait très souvent dépourvu de sanction pratique, si on ne le complétait « par l'introduction de la notion d'un *droit de suite* ». Cette même idée se retrouve dans un rapport soumis au Conseil d'Etat de Genève. Elle avait enfin été développée dans les Chambres fédérales, où elle ne rencontra pas d'écho. Voir les art. 282 et s. L. P.

377. D'après le système de notre Code, le droit de rétention se perdait dès que les meubles du preneur étaient sortis de l'immeuble loué (sauf, peut-être, s'ils se trouvaient encore en plein air), et le bailleur n'avait que la faculté, souvent illusoire, de recourir à l'article 294 al. 3, sur lequel nous reviendrons. Des plaintes si vives s'étaient élevées dans le public au sujet de cette sorte de prime d'encouragement octroyée par notre Code au preneur de mauvaise foi, que le législateur a dû y remédier et que l'art. 284[1] de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes prescrit désormais : *Les objets emportés clandestinement ou avec violence peuvent être réintégrés avec l'assistance de la force publique, dans les* dix jours *de leur déplacement. Sont réservés les droits des tiers de bonne foi* (cfr. art. 205 et s. C. O.). *En cas de contestation, le juge statue en la forme de la procédure accélérée.* Le caractère de réalité du droit de rétention du bailleur est ainsi dûment consacré. Mais le droit de suite qui lui est attaché ne s'exerce qu'à l'égard des objets « emportés clandestinement et avec violence »[2], et non pas, comme en droit français, à l'égard de tous ceux qui « auraient été déplacés sans le consentement » du propriétaire ; cette restriction ne se justifie point, car la clandestinité et la violence seront difficiles à établir et l'on a chargé le bailleur du fardeau d'une preuve qu'il sera plus d'une fois dans l'impossibilité matérielle d'apporter, quelque légitimes que soient d'ailleurs ses prétentions. Si du moins on avait laissé au juge une liberté complète d'appréciation ! Toutefois le preneur ne pourrait opposer une fin de non-recevoir au bailleur revendiquant des meubles détournés, en alléguant qu'il y a encore, dans la maison ou la ferme, assez de meubles pour sa garantie. Nous faisons observer encore que les acquéreurs de bonne foi des meubles, même enlevés clandestinement ou avec violence de l'immeuble loué, sont protégés par les art. 205 et s., tandis qu'en France la jurisprudence et la doctrine ne permettent pas à l'acquéreur de bonne foi d'invoquer, dans cette circonstance, l'art. 2279 C. civ. L'art. 206 est, au surplus, inapplicable, car le bailleur ne

[1] *Reichel*, 410. *Brüstlein et Rambert*, 467. Cfr. *A. T. F.* XX, 834 (il importe peu que l'enlèvement soit clandestin ou non à l'égard des tiers non intéressés, pourvu qu'il le soit à l'égard du bailleur).

[2] *A. T. F.* XXI, 827 et s.

peut prétendre qu'il s'agit de choses « perdues ou volées », attendu qu'il n'en est ni le propriétaire, ni le possesseur, ni même le simple détenteur.

Si l'art. 284 de la loi fédérale précitée a corrigé très avantageusement les dispositions de notre Code sur la garantie des droits du bailleur, notre législation n'en demeure pas moins fort défectueuse sur d'autres points. Comment constater la consistance du mobilier frappé d'un droit de rétention? Quelles sont les conséquences pénales du détournement des meubles garnissants? Pourquoi appeler droit de rétention un droit qui ne cadre nullement avec la définition générale de l'art. 224, où l'on exige que les choses retenues soient à la disposition du créancier du consentement du débiteur? Toutes ces questions, et bien d'autres, n'ont pas été résolues ou n'appellent aucune réponse satisfaisante.

378. Les caractères généraux du droit de rétention du bailleur ne se déterminent certainement pas d'après les art. 224 et suivants, auxquels l'art. 294 déroge plutôt[1]. C'est là une sûreté d'une nature toute particulière, une sorte de droit de gage tacite sans mise en possession régulière, car on ne saurait dire que le preneur détient comme représentant de son bailleur. Cette sûreté n'en est pas moins un droit réel, opposable aux tiers, comme le gage ou le droit de rétention proprement dit, mais sous des conditions spéciales. Voici le texte de l'art. 294, al. 1: *Le bailleur d'un immeuble a, pour garantie du loyer de l'année écoulée et de l'année courante, un droit de rétention sur les meubles qui garnissent les lieux loués et qui servent, soit à l'arrangement, soit à l'usage des lieux.* Le droit de rétention du bailleur[2] constituant un privilège, ne saurait être étendu au delà des termes dans lesquels la loi l'établit. Il existe d'ailleurs, à l'opposé du droit de rétention de l'art. 224, quand bien même les meubles du preneur ne sont pas à la disposition du bailleur et que celui-ci ne les détient pas, pourvu et dès qu'ils garnissent les lieux loués[3]. Mais, tandis qu'en droit français, par exemple, tous les meubles garnissants, à l'exception de l'argent comptant et des titres de créance, sont affectés au privilège du bailleur, le droit de rétention de notre Code ne porte que sur ceux qui servent soit à l'*arrangement — Einrichtung,* — soit à l'*usage* des lieux loués, et sauf encore les nombreuses catégories de biens que les art. 92

[1] *R. j. f.* III, 85 (arrêt du T. F., du 14 Février 1885); cfr. *A. T. F.* XIV, 300.

[2] Il appartient au bailleur ou à ses ayants cause, ainsi au nouvel acquéreur dans l'espèce de l'art. 281, mais non pas au cessionnaire des loyers, d'après M. *Hafner* (p. 151). Nous ne voyons pas pourquoi le droit de rétention de l'art. 294 (cfr. art. 190 et n° 278 ci-devant) ne pourrait pas être *cédé*, surtout depuis que l'art. 284 L. P. lui a conféré un caractère incontestable de réalité; dans notre sens, *Rap. du Trib. cant. de Fribourg*, 1893, 44, et *R. j. f.* XI, 71.

[3] *R. j. f.* III, 73, 204 et s.

et s. de la loi fédérale sur la poursuite frappent d'*insaisissabilité*. Le droit de rétention s'étend dès lors essentiellement aux meubles meublants, à l'exclusion de l'argent comptant, des créances, des vêtements, des objets précieux, comme l'argenterie[1], les bijoux, etc. Il conviendra, du reste, d'examiner, pour chaque cas particulier, si tel ou tel objet rentre dans la catégorie des meubles garnissants. Quelques décisions de la jurisprudence pourront intéresser: Les marchandises qui se trouvent dans un magasin loué sont affectées, au même titre que le mobilier, au droit de rétention du bailleur[2]; il n'en serait pas ainsi de marchandises déposées momentanément dans l'immeuble loué par le locataire, qui ne les y remise qu'en vue de les colporter[3]; le preneur d'un immeuble qui, tout en l'occupant avec sa famille, y installe un manège, doit souffrir l'exercice du droit de rétention du bailleur non seulement sur son mobilier, mais sur les chevaux, le harnachement, etc., qui servent à l'exploitation du dit manège[4]: si c'est une cave qui a été louée, vins et tonneaux sont assujettis au droit de rétention[5]; si c'est une cour, les voitures[6], etc.; mais une machine qui serait placée temporairement dans l'immeuble loué et qui serait utilisée par le preneur, sans lui appartenir au surplus, n'est pas grevée du droit de rétention du bailleur[7] (cfr. en outre art. 294, al. 2, quant aux meubles garnissants dont les tiers ont la propriété), ni une enseigne fixée à la façade de la maison louée, etc. Qu'en est-il des *fruits et récoltes de l'année*, cette question étant surtout importante dans le bail à ferme? Il nous paraît évident que, dès que les fruits ou récoltes sont devenus des meubles par la séparation et qu'ils se trouvent dans le bien loué, ils sont des meubles garnissants au même titre que les autres, car ils servent, sinon à l'arrangement, du moins à l'usage ou à l'exploitation de l'immeuble pris à bail; il en serait autrement des fruits et récoltes non séparés. Une autre question: un locataire a fait assurer son mobilier contre l'incendie, le bailleur pourra-t-il, en cas de sinistre, prétendre à un privilège quelconque sur l'indemnité payée à son cocontractant? Non, sans aucun doute, et quand bien même la somme représentant cette indemnité serait déposée dans la chose louée, puisque l'argent comptant n'est pas soumis au droit de rétention.

Il faut, somme toute, que les meubles garnissants, pour pouvoir être retenus, servent, d'une manière plus ou moins permanente, à l'arrangement et à l'usage des lieux loués: et il convient de ne pas

[1] *H. E.* XIII, 298.
[2] *R. j. f.* II, 35.
[3] *R. j. f.* II, 104.
[4] *R. j. f.* III, 102.
[5] *Bucher*, l. c., n° 1225, litt. *c*.
[6] *Ibid.*, litt. *g*.
[7] *R. j. f.* III, 209; cfr. *H. E.* XIII, 298 (ni à des objets emmagasinés).

interpréter extensivement la disposition exceptionnelle de l'art. 294, al. 1.

Disons encore que la propriété de l'immeuble loué peut passer du bailleur à un tiers (ensuite de vente, par exemple), sans que pour autant le droit de rétention créé au profit du bailleur soit éteint, pourvu que le mobilier y affecté ne soit pas éloigné de l'immeuble (cfr. art. 284 L. P.); en d'autres termes, le transfert de la propriété de l'immeuble loué n'opère point l'extinction du droit de rétention acquis par le bailleur originaire dans les limites de l'art: 294[1].

379. Nous constatons, pour passer à un ordre d'idées différent, que le droit de rétention du bailleur est destiné à garantir « le *loyer de l'année écoulée* et de l'*année courante* », et cela quelle que soit la forme dans laquelle le contrat de bail aura été reçu. Le bailleur n'est donc privilégié que pour deux ans au maximum; ses loyers seraient de simples créances chirographaires, en tant qu'ils remonteraient à plus d'une année avant le commencement de « l'année courante ». Les mots d'« année écoulée » et d'« année courante » s'entendent non de l'année du calendrier, ni de l'année du bail, mais, ainsi que nous l'admettons avec M. Janggen[2], de l'année jusqu'au et depuis le dernier terme échu avant l'arrivée du fait (faillite, par exemple) qui a donné lieu à l'exercice du droit de rétention du bailleur. Deux arrêts[3] ont bien reconnu que, pour le calcul de l'année courante, il fallait compter depuis le commencement de l'année de bail courante; ainsi un bail ayant commencé le 1er janvier 1901, le preneur étant déclaré en faillite le 31 Décembre de la même année, et le bailleur produisant à la fois pour l'année 1901, dont le dernier semestre échu le 1er Janvier 1902 restait dû, et pour le loyer de 1902, le bailleur en question n'aurait été colloqué, selon ce système, que pour le terme semestriel échu le 1er Janvier 1902, puisque le bail avait commencé le 1er Janvier précédent, que la faillite tombait dans l'année courante 1901 (31 Décembre) et que dès lors le droit de rétention ne pouvait être exercé que pour les loyers encore dus de l'année 1901. Cette manière de voir est erronée. L'année courante part du jour où est échu le dernier terme avant le fait de faillite, d'expropriation, etc., qui provoque l'exercice du droit de rétention, et l'année écoulée doit être comptée en arrière depuis le même jour. Ainsi, dans l'exemple donné plus haut, l'année courante commençait le 1er Juillet 1901, car c'était là la date de l'échéance du dernier terme de loyer avant la faillite du preneur, et le bailleur était en droit de réclamer par privilège, outre les loyers de l'année

[1] *R. j. f.* III, 208.

[2] *Janggen*, l. c., 120 et s. *R. j. f.* VI, 158, XIII, 36. — *Contra :* voir note suivante.

[3] *R. j. f.* V, 103. *J. d. T.* XXXVI, 288.

écoulée, ceux à échoir jusqu'au 1er Juillet 1902. On a fait observer avec raison que toute autre solution conduirait à des conséquences inacceptables.

Et maintenant, le droit de rétention de l'art. 294 constitue-t-il une sûreté seulement pour les *loyers*, ou s'applique-t-il à d'autres prestations accessoires ou connexes ? On peut poser en principe que le bénéfice du droit de rétention n'est accordé au bailleur pour sa créance, que dans la mesure où celle-ci peut être envisagée comme l'équivalent contractuel fourni par le locataire en échange de l'abandon de l'immeuble loué. Aussi le Tribunal fédéral[1] a-t-il décidé que l'indemnité allouée au bailleur ensuite de la résiliation du contrat n'est pas garantie par le droit de rétention. Il en serait autrement. pensons-nous, de l'indemnité pour réparations non exécutées par le preneur[2], et des frais de réalisation du droit de rétention[3]. Et. comme nous l'avons fait remarquer, les prestations autres que le loyer jouissant de la faveur de l'art. 294, dès qu'elles rentrent dans l'ensemble des obligations qui découlent pour le locataire de l'usage de la chose, — tous les objets servant à l'exploitation d'un immeuble loué comme hôtel garantiraient l'indemnité due à raison des meubles non représentés, du linge non lavé, etc.[4]

Il nous reste à traiter du *conflit* du droit de rétention du bailleur avec d'autres privilèges et de la manière dont le bailleur peut *opposer* son droit à ceux d'autres créanciers. La commission du Conseil national s'exprimait ainsi dans son rapport : « On peut se demander ce qu'il adviendra du droit de rétention du bailleur vis-à-vis des prétentions d'autres créanciers du preneur, qui voudraient saisir les objets mobiliers, si le bailleur n'a pas le droit de retenir autant d'objets qu'il en faut pour couvrir sa créance et, en cas d'affirmative, s'il peut exercer ce droit pour les termes à échoir. S'il était permis à l'un des créanciers de saisir, avant l'échéance du loyer. tous les meubles et d'en réaliser la valeur, les garanties données au bailleur se réduiraient à un minimum ; en revanche, si le bailleur pouvait faire valoir son droit de rétention pour les loyers même non encore échus. les droits des autres créanciers se trouveraient par trop lésés. » Nous savons que le bailleur peut exercer son droit de rétention pour l'année écoulée et la courante. Mais notre loi ne répondait pas à d'autres questions soulevées ou indiquées par la commission du Conseil national. Ces questions, qui ont fait l'objet de longues discussions, n'ont été résolues que par la loi fédérale du 11 Avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

[1] *R. j.* IV, 292. Dans le même sens, *Hafner*, 150, *R. j. f.* V, 148. — *Contra*: *R. j. f.* III, 43 ; *Grivet*, l. c., 99.

[2] *J. d. T.* XXIX, 595.

[3] *J. d. T.* XXXIII, 99 ; *Schneider et Fick*, 480.

[4] *R. j. f.* V, 54.

D'abord le droit de rétention est, comme nous l'avons vu, armé d'un droit de suite (art. 284 de la loi précitée). Ensuite, l'art. 219, al. 1, de la même loi, en prescrivant « que les créanciers garantis par gage sont colloqués *par préférence* sur le produit des gages », nous apprend que le droit de rétention s'exerce en toute première ligne, et avant tous autres droits ou privilèges, sur les biens meubles qui lui sont soumis, car le mot « gage » a un sens très étendu dans le langage de cette loi et s'applique également au droit de rétention. Ce dernier prime donc le gage judiciaire, à la condition toutefois que le bailleur n'en ait pas eu connaissance avant le transport des meubles garnissants dans l'immeuble loué[1]. La créance garantie comprend ses accessoires, entre autres, nous l'avons dit déjà, les frais de réalisation. Les frais de justice sont néanmoins préférés à toutes autres créances, mais ceux-là seuls priment les droits du bailleur, qui ne sont point sacrifiés à d'autres privilèges généraux (cfr. art. 144 et 219 *ibid.*).

Quelle est la situation du bailleur envers les autres créanciers poursuivants ? Il y a lieu de s'en tenir à cet égard aux art. 98, al. 4, 106 et s., 127, al. 2, 198, 219, 226, 242, 283 de la loi souvent rappelée.

Le droit de rétention du bailleur ne peut évidemment grever que les biens dont le preneur est ou sera censé être le propriétaire. L'art. 294, al. 2[2], dispose : *Ce droit ne met pas obstacle à la revendication par les tiers propriétaires, et d'après l'article 227, des objets volés ou perdus, ou des objets dont le bailleur* (ou son représentant[3]) *a su ou dû savoir qu'ils n'appartenaient pas au preneur. Il ne s'étend pas non plus aux choses qui, d'après les lois sur la poursuite pour dettes et la faillite*[4], *ne peuvent être comprises dans l'exécution forcée* (cfr. art. 92 et s. L. P.). Le bailleur de bonne foi a donc un droit de rétention même sur les meubles garnissants appartenant à des tiers, possédés ou détenus à titre précaire par le preneur, sauf les cas de perte ou de vol à décider selon les règles exposées aux art. 206 et 227. S'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a su ou dû savoir, d'après les circonstances, que les meubles apportés par le preneur n'étaient pas la propriété de ce dernier, il ne peut élever aucune prétention sur eux. Mais s'il parvient à sa connaissance, après l'ouverture du bail, que certains meubles garnissants n'appartiennent pas au locataire ? Le droit de rétention à leur égard ne prend pas fin, pour des raisons d'équité, dès l'instant où le bailleur a été informé du droit des tiers ; il ne

[1] *R. j. f.* I, 63 et s., III, 47.
[2] *A. T. F.* XVII, 284.
[3] *J. d. T.* XXXVI, 351. *H. E.* VII, 135.
[4] *R. j. f.* XI, 70 (à cette prescription, qui est d'ordre public, on ne peut déroger conventionnellement).

s'éteint qu'à l'expiration du bail en ce qui les concerne. Ces considérations d'équité ne peuvent cependant plus être invoquées par le bailleur qui conclut un renouvellement de bail, ou qui ne fait pas usage du droit de résiliation qui résultait pour lui, soit de la loi (art. 287), soit des clauses du contrat. Effectivement, les tiers propriétaires ne peuvent ni empêcher le bailleur de renouveler, ni le contraindre à résilier; partant, il serait injuste de permettre au bailleur, qui est désormais de mauvaise foi, puisqu'il connaît ou doit connaître la propriété du tiers, de faire valoir son droit de rétention en vertu d'un nouveau bail, ou d'un bail non résilié par sa volonté, contre des meubles qu'il sait, à ce moment, ne pas appartenir au locataire [1].

Nous rattacherons à l'art. 294, l'art. 295 ainsi conçu : *Le droit de rétention du bailleur s'étend aux meubles apportés par le sous-locataire* (cfr. art. 285), *jusqu'à concurrence des droits que le locataire principal a contre ce dernier.* Le sous-preneur n'est exposé à l'exercice du droit de rétention de la part du propriétaire que jusqu'à concurrence des loyers dont il peut être débiteur au moment de la poursuite. Exemple : A. loue un appartement de cinq chambres pour 1000 fr. par an ; il sous-loue deux pièces à B. pour 300 fr. par an. Au bout d'une année et demie, A. n'a point payé de loyer, et son bailleur fait valoir son droit de rétention pour l'année échue et la courante, soit pour 2000 fr. ; le bailleur ne pourra exercer ce droit sur les meubles du sous-locataire B. que jusqu'à concurrence des loyers dus par celui-ci, qui pourra éviter tous désagréments en s'acquittant de ce qu'il doit entre les mains du bailleur principal. En agissant contre le sous-preneur, le propriétaire n'est point substitué ou subrogé aux droits du preneur, son propre débiteur ; mais son droit sur les meubles du sous-locataire, jusqu'à concurrence des loyers dus par ce dernier, est absolu, ensorte que le sous-locataire ne peut lui opposer les exceptions et contre-réclamations qu'il aurait contre le preneur, son bailleur. Peut-il lui opposer les paiements faits par anticipation, en dehors des clauses du bail ou de l'usage des lieux ? L'art. 1753 C. civ. fr. ne l'y autorisait point; notre loi ne renfermant pas une prescription analogue, il convient d'admettre que le sous-preneur peut se prévaloir de ses paiements effectués de bonne foi, sans intention de nuire au propriétaire.

380. La *procédure de réalisation* du droit de rétention est réglée par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 282 et s. et 151 et s. Mais comme le droit de rétention du bailleur n'était pas pourvu d'un droit de suite, dans le système de notre Code, l'art. 294, al. 3, portait ce qui suit : *En vertu de son*

[1] *R. j. f.* IV, 76, 181 et s., V, 51.

droit de rétention, le bailleur peut, avec l'assistance de l'autorité compétente, contraindre le locataire qui veut déménager ou emporter les choses garnissant les lieux loués, d'y laisser autant de meubles qu'il est nécessaire pour sa garantie. Aujourd'hui, le bailleur a un *droit de suite* (voir nos 377 et s.), de par l'art. 284 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes, et l'art. 283 de la même loi ajoute : « Le bailleur peut requérir l'office, même sans poursuite préalable, de le protéger provisoirement dans son droit de rétention. Il peut aussi, s'il y a péril en la demeure, requérir l'assistance de la force publique ou des autorités communales. L'office dresse inventaire des objets soumis au droit de rétention et assigne au bailleur un délai pour requérir la poursuite en réalisation des gages. » L'art. 294, al. 3, fait plus ou moins double emploi avec le texte que nous venons de transcrire, sauf dans sa dernière partie. On reconnaît que le bailleur peut même, en attendant que l'autorité lui prête secours, s'opposer par la force au détournement des choses qui constituent sa garantie et s'en saisir après qu'elles sont sorties de son immeuble, si elles sont encore en plein air.

Nous renvoyons, pour les détails, aux Commentaires de la loi fédérale sur la poursuite et la faillite.

381. *Conséquences du défaut de paiement des loyers.* Avant tout, le bailleur pourra, si son locataire ne le paie pas aux termes fixés par le contrat, l'usage ou la loi, *poursuivre* son débiteur et réaliser son droit de rétention. Il pourra aussi provoquer la *résiliation* du bail en vertu de l'art. 287 (cfr. art. 282 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes). Mais le défaut de paiement n'entraîne pas *ipso jure* la résiliation du contrat[1], quoique l'art. 287 n'ait rien d'un texte de droit strict et que l'on puisse valablement stipuler que, faute par le preneur de s'acquitter de ses loyers à l'échéance ou dans un certain délai depuis l'échéance, le bail sera résilié de plein droit au profit du propriétaire. Ce texte dispose : *Lorsque, durant le bail, le preneur est en retard pour le paiement d'un terme échu* — *fällig*, exigible, dit le texte allemand, — *le bailleur peut* — toutes conventions contraires réservées — *lui assigner un délai de* trente jours, *si le bail est d'un semestre ou plus, et un délai*

[1] *H. E.* XIV, 235 (est licite la clause en vertu de laquelle le bailleur pourrait expulser le preneur immédiatement, faute de paiement régulier des loyers). — Le contrat se transforme, dans cette espèce, en *Fixgeschäft;* cfr. art. 123. Même solution dans *J. d. T.* LII, 45 et s., arrêt du T. F., du 12 Juin 1903 (au reste, le fait que le bailleur a accepté à diverses reprises des paiements après le délai prévu n'emporte pas renonciation de sa part à exercer les droits dérivant de la résiliation accomplie à une échéance future ; une offre de paiement faite même le lendemain de l'avis comminatoire est impuissante à mettre à néant l'effet de celui-ci).

de six jours *si le bail est de moindre durée, en lui signifiant*[1] — « en le menaçant » serait plus exact — *qu'à défaut de paiement*[2], *le bail sera résilié à l'expiration du délai. — Le délai court du jour où le preneur a reçu l'avis du bailleur. — Le bailleur peut, d'ailleurs, demander des dommages et intérêts, s'il y a lieu* (et l'intérêt moratoire). La loi parle d'« assigner » un délai et de « signifier » la menace de résiliation. Mais ceci n'implique point la nécessité de recourir à l'intervention de l'huissier ; l'assignation ou signification peut être faite verbalement, quoique la forme écrite soit très recommandable. Le jour où l'avertissement parvient au locataire n'est pas compris dans la supputation des délais de 30 et 6 jours, délais qui ne peuvent d'ailleurs être prolongés par le juge. Quant aux dommages et intérêts, il sont dus en raison de tout le préjudice subi directement par le bailleur (par exemple, si le logement demeure inoccupé pendant un certain temps, ou s'il ne peut plus être loué, jusqu'à la fin du bail, à des conditions aussi favorables), du chef de la résiliation anticipée du contrat par la faute du preneur, cette faute consistant déjà dans le seul défaut de paiement des loyers.

Mais quel est l'effet de la résiliation qui se produit dans les circonstances de l'art. 287 ? Le contrat est résolu dès l'instant où l'avis a été donné régulièrement et où le délai de 30 ou de 6 jours s'est écoulé sans que le locataire ait payé. Le bailleur a, en conséquence, le droit de rentrer en possession de la chose louée et d'en expulser le preneur. Il n'est pas nécessaire que, pour obtenir l'expulsion, il suive les voies de la procédure ordinaire ; il pourra recourir à une *mesure provisoire* ou superprovisoire, que le juge compétent autorisera, sans aucun doute, si la preuve que l'avertissement de l'art. 287 a eu lieu lui est fournie (cfr. art. 23 et 282 L. P.). Au demeurant, une ordonnance d'expulsion n'est pas encore un jugement : elle n'a point, par elle-même, pour effet d'annuler le bail ; la situation juridique des parties est intacte, de telle sorte que le preneur expulsé peut faire valoir, par la voie de la procédure ordinaire, tous ses droits contractuels[3].

[1] *Sem. jud.* 1893, 38 (un simple commandement de payer demeuré sans effet ne suffit pas).

[2] Le paiement peut-il être remplacé utilement par des *sûretés fournies* (cautionnement, gage, etc.) ? Non, sans doute, car la loi ne parle que du paiement, et ce serait susciter des contestations que de permettre au preneur d'offrir des sûretés insuffisantes, sur la valeur desquelles les parties ne seraient pas d'accord, et de rendre illusoire ainsi le droit de résiliation de l'art. 287. Le preneur ne saurait non plus empêcher l'expulsion en opposant la *compensation* de réclamations non liquides ou non échues, quoique M. Hafner prétende, en termes généraux, que « la compensation conjure les effets de la demeure » (ad art. 287, note 2) : cfr. *A. T. F.* XXVII², 174, *J. d. T.* LII, 520 (arrêt du T. F., du 12 Mars 1904) et voir encore ad art. 312.

[3] *J. d. T.* LII, 521 et s. (arrêt du T. F., du 12 Mars 1904) ; cfr. *A. T. F.* XX, 383, XXI, 756, XXII, 887, 1076.

381 *bis*. Pour les autres causes d'extinction du bail, nous renvoyons aux nos 386 et s. Ajoutons que le droit dérivant de l'art. 287 pour le bailleur ne peut sans doute être exercé que par ce dernier et ses ayants cause, mais non par un cessionnaire des loyers ; toutefois, si les loyers avaient été cédés et si le cessionnaire consentait à ajourner le terme du paiement, le bailleur ne pourrait pas recourir au texte précité.

382. 3° *Restitution de la chose louée à la fin du bail*. Tandis que cette question est réglée, pour le bail à ferme, par les art. 317 et 318, on est surpris de constater que le législateur ne l'a point résolue pour le bail à loyer. Toujours est-il que le locataire est présumé avoir reçu en bon état les choses louées et qu'il est tenu de les restituer en cet état à la fin du bail. S'il ne satisfait pas à cette obligation, il est responsable aux termes de l'art. 110[1], à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable dans les dégradations survenues à la chose ou que celle-ci n'était pas dans un meilleur état lorsqu'il l'a reçue. Mais il faut considérer que l'usage, abandonné par le bailleur au preneur, et le temps entraînent forcément une certaine dépréciation de la chose : et, de cette dépréciation, le preneur n'est certainement pas garant. Il sera prudent de dresser dans certains cas, lors de l'entrée en jouissance, un inventaire ou état descriptif et même estimatif des biens loués.

On sait que la perte de la chose est, en principe, à la charge du bailleur, — *periculum est locatoris ;* le preneur devra toutefois établir que la chose a péri sans sa faute.

§ 3. *De la sous-location et de la cession des loyers.*

383. Il ne faut pas confondre la *cession des loyers*, faite par le bailleur, avec la *cession du bail*, qui n'est autre chose qu'une sous-location d'une espèce particulière, un transfert incomplet du droit de jouissance du preneur que notre loi assimile purement et simplement à la sous-location.

384. 1° *Sous-location*. En droit français, le preneur a toujours la faculté de sous-louer (art. 1717 C. civ.), à moins de convention contraire. En droit fédéral, cette faculté est restreinte au bail à loyer, car, dans le bail à ferme (cfr. art. 306), la considération de la personne du preneur joue un rôle plus considérable que dans notre espèce. Il faut dire, après cela, qu'il n'existait pas de raisons décisives pour faire une différence et que la faculté de sous-louer accordée par la loi au preneur est, tout ensemble, une atteinte très grave

[1] *H. E.* VII, 28, VIII, 133.

portée aux droits légitimes du bailleur et une violence faite au caractère, en général personnel, du contrat de bail. Sous-louer, c'est donner à bail une chose que l'on tient soi-même à ce titre, ou, si l'on préfère, la louer en sous-œuvre, en totalité ou en partie, à une autre personne. Il y a, par ce fait, superposition de deux baux, le sous-bailleur étant engagé comme locataire dans le premier, comme bailleur dans le second.

L'art. 285 dispose : *Le locataire a le droit de sous-louer tout ou partie de la chose louée, pourvu qu'il ne résulte de ce fait aucun changement préjudiciable au bailleur* (al. 1). Comme on l'a dit, « un pareil texte ouvre la porte à toutes les contestations ». Dans bien des cas, la question du « changement préjudiciable » sera très douteuse. Puis-je sous-louer l'appartement que j'occupais avec ma famille à une famille plus nombreuse[1] que la mienne, ou ayant des enfants en bas âge alors que mes enfants à moi sont élevés, ou à un individu connu par son esprit tracassier, ou à l'ennemi de mon bailleur ? Les juges apprécieront souverainement, au risque de faire de l'arbitraire. Il y aura, en revanche, changement « préjudiciable » certain, si une famille honorable sous-loue à une personne mal famée, ou une famille sans enfants à une nombreuse famille, ou des gens paisibles à d'autres qui exercent un métier bruyant ou malpropre, etc.

La faculté légale qui découle de l'art. 285, al. 1, peut, au reste, être supprimée, étendue ou restreinte par la convention, moyennant que celle-ci soit rédigée par écrit (cfr. art. 275, al. 2).

Le locataire (sous-bailleur) *est garant envers le bailleur que le sous-locataire n'emploiera la chose qu'à l'usage autorisé par le bail principal. Le bailleur peut aussi s'adresser directement au sous-locataire à l'effet de l'y obliger* (art. 285, al. 2), — c'est-à-dire à l'effet de le contraindre à jouir de la chose dans les limites fixées par le bail originaire. Rappelons encore l'art. 295, quant au droit de rétention du propriétaire contre le sous-preneur, et ajoutons que le sous-bail ne peut durer au delà du bail principal lui-même.

L'art. 285, al. 3, énonce une règle que nous avons signalée plus haut : *La cession de bail est assimilée à la sous-location*. Ainsi tombent toutes les controverses de la doctrine française : les droits et les obligations découlant du bail envers le bailleur principal ne sont pas transférés à la personne du cessionnaire, mais restent attachés à celle du locataire, car c'est entre ce dernier seulement et le cessionnaire, et non avec le bailleur principal, que naît le rapport contractuel régi par l'art. 285, al. 3[2].

385. 2° *Cession des loyers.* Ainsi que nous l'avons établi pré-

[1] *R. j. f.* IX, 136 (interprétation très libérale du droit de sous-louer).
[2] *A. T. F.* XIX, 332.

cédemment, la cession des loyers est non seulement permise, mais elle comprend le droit de rétention attaché à la garantie des droits du bailleur (voir nº 278).

§ 4. *Comment le bail à loyer prend fin.*

386. Le bail à loyer prend fin :

1º Par le *consentement des parties ;*

2º Par la *perte de la chose louée* (cfr. art. 145 et voir nº 411, chif. 2) ; en cas de perte *partielle*, voir l'art. 277 ;

387. 3º Par l'*expiration du temps* pour lequel il a été fait, s'il n'y a pas eu *relocation tacite*. Notre Code ne renferme aucune disposition qui limite la durée conventionnelle des baux ; le contrat de louage n'en est pas moins essentiellement temporaire et notre loi accorde de grandes facilités de résiliation anticipée.

On ne sait pas toujours quelle sera la durée du bail, au moment où il est conclu, quoiqu'on ait, la plupart du temps, soin de la déterminer. Les art. 289 à 291 règlent les différentes questions qui se rapportent à la cessation du bail par expiration du temps fixé. Et nous faisons remarquer, ici déjà, que si le preneur dénonce le bail avant le temps, il doit des dommages et intérêts d'un montant égal aux loyers à échoir jusqu'à la fin même du bail, s'il ne prouve pas que son co-contractant a réussi à louer ailleurs, pendant la durée du contrat, et alors il aurait le droit de déduire ce que le bailleur eût retiré de ce chef[1] ; le bailleur, lui, les devrait en ce sens qu'il aurait à offrir un dédommagement complet. On distingue :

a) *Baux sans terme fixe*. L'art. 289 dispose à cet égard : *Lorsque la durée du bail n'a été fixée ni expressément, ni tacitement, chacune des parties peut mettre fin à la location en donnant congé à l'autre.* Voici un cas rentrant dans les termes de notre article : je loue ma maison à X. pour 1000 fr. par an, sans indiquer pour combien de temps. Il se peut que la durée du bail soit fixée « tacitement » : ainsi, je loue à une troupe de saltimbanques une baraque, à l'occasion d'une fête qui se prolongera pendant huit jours, le bail sera censé conclu pour la durée de la fête ; ou bien, je loue ma villa à un professeur qui a l'intention d'y passer ses vacances universitaires, la durée des vacances sera décisive pour celle du bail à défaut de convention contraire. On applique l'art. 291 à ces baux dont la durée est fixée tacitement. En ce qui concerne les délais à observer pour les congés dans les baux sans terme fixe, on s'en tient à l'art. 290. L'art. 290 nous dit, en réservant les conven-

[1] *H. E.* VI, 90.

tions dérogatoires des parties, conventions qui peuvent être faites valablement sans écrit (cfr. art. 275, al. 2) : *Sauf stipulation contraire, on*[1] *observera pour donner congé les délais ci-après :*

aa) *S'il s'agit d'appartements* NON MEUBLÉS *ou de bureaux, ateliers, boutiques, magasins, caves, granges, écuries, ou autres locaux analogues*[2], *le congé ne peut être donné que pour le plus prochain terme fixé par l'usage local et, à défaut d'usage, pour la fin d'un terme de six mois ; dans les deux cas, moyennant un avertissement préalable de* TROIS MOIS (art. 290, al. 1). Par les mots « plus prochain terme », on entend aussi le terme courant, pourvu que l'avertissement puisse être donné trois mois à l'avance. On voit que l'usage local entre en ligne de compte tout d'abord, s'il n'y a pas de convention ; c'est seulement à défaut de convention et d'usage que la dénonciation du bail peut intervenir pour la fin d'un terme de six mois, les six mois étant calculés, non d'après le calendrier, du 1er Janvier au 30 Juin, ou du 1er Juillet au 31 Décembre, mais d'après la date à laquelle le bail a commencé. A Berne, par exemple, où les termes en usage sont le 1er Mai ou le 1er Novembre, le congé pourra être donné jusqu'au 1er Février pour le 1er Mai et jusqu'au 1er Août pour le 1er Novembre. S'il n'y a pas d'usage local, et qu'un bail ait commencé le 15 Avril, il ne peut finir avant le 15 Octobre et doit être, alors, dénoncé jusqu'au 15 Juillet. S'il n'y a plus trois mois jusqu'à la fin du plus prochain terme et que le congé n'ait pas été donné, il ne peut l'être que pour la fin du terme suivant. Il faut au surplus dénoncer le bail ; il ne suffirait pas de quitter simplement les lieux loués[3].

bb) *S'il s'agit d'appartements* MEUBLÉS, *de chambres isolées ou de meubles garnissant un logement, le congé ne peut être donné que pour la fin d'un terme* MENSUEL, *moyennant un avertissement préalable de* DEUX SEMAINES (art. 290, chif. 2). Exemple : Je loue une chambre meublée à un étudiant, le 1er Novembre ; je peux lui donner congé jusqu'au 16 pour la fin du mois.

cc) *S'il s'agit d'*AUTRES OBJETS MOBILIERS, *le congé peut être donné pour toute époque, moyennant* TROIS JOURS *d'avertissement* (art. 290, chif. 3).

b) *Baux à terme fixe*. L'art. 291 prescrit : *Si le bail a été fait pour un temps fixé, et, qu'à l'expiration de ce temps, le preneur reste en jouissance de la chose louée, au su du bailleur et*

[1] « On », c'est-à-dire l'une et l'autre des parties ; s'il y a *plusieurs* bailleurs ou preneurs, le congé devra être donné à tous, ou à leur représentant commun, pour être opposable à tous (sic, *Hafner*, 149).

[2] Même des chantiers *(Lager- und- Arbeitsplätze)*, car l'énumération légale n'est pas restrictive : *H. E.* IX, 25.

[3] *H. E.* IV, 140.

sans opposition de sa part, le bail, à moins de convention contraire, est réputé renouvelé pour une durée indéterminée, sauf le droit pour chacune des parties de donner congé conformément aux dispositions de l'article 290, 1° à 3°. S'il y a un délai d'avertissement prévu, il va sans dire qu'il doit être respecté. Ainsi un bail est conclu de la manière suivante : « Le bail commencera en St-Martin 1902 et durera deux ans ; les deux parties ont à observer un délai réciproque de six mois pour donner congé ». Ce contrat ne prendra fin en St-Martin 1904, que si la dénonciation a eu lieu à temps voulu [1].

Les baux à terme fixe se trouvent, sous réserve de ce que nous venons d'expliquer, résiliés par la seule arrivée du terme, s'il n'y a tacite reconduction. Exemple : Je loue un appartement pour une année à M. X. ; au bout d'une année, je puis faire sortir mon locataire, même sans le prévenir. Mais il se peut qu'un bail à terme fixe soit prolongé par un commun accord des parties, accord que l'on présume dans certaines circonstances. Si, à l'expiration du temps fixé, et quand bien même il y aurait eu dénonciation préalable, le preneur reste en jouissance de la chose louée, à la connaissance et sans protestation du bailleur, il se forme, en vertu d'un consentement tacite que les faits constatent avec évidence et qui suppose la capacité des parties à ce moment, un nouveau bail ; c'est la *tacite reconduction*. Le nouveau bail est réputé conclu sous les mêmes conditions que l'ancien, sauf sur deux points :

aa) les *cautions* du premier bail sont déchargées, comme aussi tous autres tiers-garants, car la tacite reconduction est pour eux une *res inter alios acta ;*

bb) à moins de convention contraire, le bail n'est pas, comme en droit français, renouvelé aux mêmes conditions de *durée* que l'ancien, il ne l'est que pour « une durée indéterminée », il redevient en conséquence un bail sans terme fixe soumis aux règles de l'art. 290.

Quand la présomption de la loi est-elle établie ? Comment et quand l'« opposition » du bailleur doit-elle se manifester pour que le preneur ne puisse se mettre au bénéfice de la tacite reconduction ? Notre Code est muet sur les questions de forme et de délai, ensorte que la protestation pourra être verbale ou écrite, et qu'elle devra être faite aussitôt que possible après l'échéance du bail. Devra-t-elle avoir lieu le lendemain au plus tard, ou dans les deux ou trois jours qui suivent ? Il faudra résoudre ce point selon les circonstances de chaque cas particulier. Et si le bailleur n'a pas protesté à temps, parce qu'il était absent, ou malade ? Son défaut d'opposition, même excusable, peut être invoqué par le preneur.

[1] *H. E.* IV, 138. *Bucher*, l. c., n° 1185 ; cfr. *A. T. F.* XXVII[1], 475 et s.

Et si ce dernier reste dans l'immeuble loué, en ce que le bailleur le garde encore quelques jours par bienveillance ou par pitié ? Il n'y aura pas de tacite reconduction, si le motif allégué par le bailleur pour justifier le retard de son opposition est prouvé. Tout se réduit, en somme, à une question d'intention des parties.

388. 4° Par *l'aliénation ou la saisie de la chose louée, et la faillite du bailleur*[1]. De puissantes considérations économiques et des raisons d'équité avaient engagé les rédacteurs du Code Napoléon à rejeter le principe du droit romain et de l'ancien droit français, tendant à faire de la vente de l'immeuble loué une cause de résiliation du bail. Notre Code part d'un point de vue opposé et dit avec l'ancien droit : « vendition brise amodiation », *Kauf bricht Miethe*. On s'est bien rendu compte des inconvénients résultant de l'instabilité des baux, et nous verrons comment on a cru pouvoir y remédier. La solution de notre loi est d'ailleurs logique, sinon pratique, le bail n'étant qu'un contrat générateur d'obligations, et la maxime : vendition brise amodiation, ou vente passe louage, consacrant le caractère exclusivement personnel des droits du preneur. Celui-ci n'a effectivement qu'une action personnelle contre son bailleur, si bien qu'il n'a pas de droits contre un tiers acquéreur. Il va de soi cependant que le preneur expulsé, avant la fin du bail, par le nouveau propriétaire, est autorisé à réclamer des dommages et intérêts de son bailleur, qui, pour échapper à toute indemnité, réservera, la plupart du temps, dans l'acte de vente, le bail du locataire; et ce dernier alors pourra en exiger la continuation en vertu de l'art. 128, al. 2, l'acquéreur étant, du reste, subrogé aux droits du bailleur envers le preneur. Le nouveau propriétaire peut aussi renoncer expressément ou tacitement à son droit de résiliation, cette renonciation ayant pour effet de lui imposer les charges du bail dès l'instant du transfert de la propriété de la chose louée[2]. Le preneur peut également accepter d'avance, dans le bail, les conséquences d'une résiliation par suite de vente; et l'on doit admettre que, s'il est réservé certains droits en vue de cette éventualité, il ne pourra pas demander d'autres dommages et intérêts[3]. Mais voici l'art. 281, qui n'exclut pas, répétons-le, les conventions contraires des parties : *Si, pendant la durée du bail, le bailleur aliène la chose louée, ou qu'elle lui soit enlevée par suite d'exécution forcée, de saisie ou de faillite* (art. 197 et s., 211 L. P.), *le preneur n'a pas le droit d'exiger du tiers détenteur la continuation du bail, à moins que celui-ci ne s'y soit obligé ; il peut seulement exiger du bailleur l'exécution du contrat, ou, à dé-*

[1] *R. Tugginer :* Kauf bricht Miethe, in-8°, Soleure, 1893.
[2] *R. j. f.* III, 38, 42, 101.
[3] *J. d. T.* XXXII, 314.

faut (ces deux mots sont de trop et ne figurent pas dans le texte allemand), *des dommages et intérêts* (al. 1). Constatons, dès maintenant, que l'art. 281 est inapplicable lorsque le preneur n'est pas encore entré en jouissance; ensorte que le nouvel acquéreur n'a pas à se préoccuper, sauf stipulation contraire, des baux conclus avant l'aliénation, mais dont l'exécution n'a pas commencé.

On avait pensé à l'origine n'adopter la règle : vente passe louage, que pour les *aliénations volontaires,* ventes, donations, constitutions d'usufruit, etc. (un partage de succession, en revanche, et l'attribution de la chose louée à l'un des héritiers, n'entraîne pas la résiliation du bail, car l'art. 281, al. 1, doit être interprété restrictivement). Cependant on dut se convaincre qu'il était impossible, si l'on voulait être conséquent, de ne pas l'étendre également aux *aliénations forcées,* par suite de saisie (cfr. art. 91 et s. et 275 L. P.) ou de séquestre, car la saisie ni le séquestre n'« enlèvent » par eux-mêmes la chose louée au bailleur, et aux cas de *faillite,* mais seulement quand la chose louée a été vendue, la faillite elle-même du propriétaire n'étant que sous cette condition une clause de résiliation. Les dommages et intérêts se détermineront-ils en appliquant par analogie l'art. 292[1]? Il est plus rationnel de recourir ici à l'analogie de l'art. 116. Si la vente de la chose louée a été faite par l'administration de la faillite du bailleur, sans que la continuation du bail ait été imposée au nouvel acquéreur, le preneur peut faire valoir le montant intégral des dommages et intérêts de l'art. 281, alin. 1, *in fine,* contre la masse, et il n'est pas obligé de se contenter d'un dividende. C'est aussi l'opinion de M. Jäger, tandis que M. Hafner et d'autres assimilent la créance du preneur à une créance chirographaire du failli. Il s'agit, en effet, dans l'espèce, d'une obligation non du failli, mais de la masse comme telle.

Le principe de l'art. 281, al. 1, est heureusement restreint en ces termes : *Toutefois, en matière de baux d'immeubles, le tiers acquéreur ne peut expulser le preneur qu'à la condition d'observer les délais prescrits à l'article 290, chiffres 1 et 2, à moins que le contrat ne permette de résilier le bail plus tôt* (al. 2). A l'égard du nouvel acquéreur, le preneur ne saurait se prévaloir de son contrat pour un terme plus long que celui fixé par l'art. 290, chif. 1 et 2. Supposons que le bail ait commencé le 1er Mai et que l'immeuble loué soit vendu, volontairement ou juridiquement, le 30 Juin suivant; l'acquéreur, à moins que le contrat ne permette de dénoncer le bail plus tôt, pourra le résilier pour la fin du terme courant, soit pour le 1er Novembre, moyennant un avertissement

[1] *R. j.* VI, 187 et s. (arrêt du T. F., du 18 Mai 1888, qui admet l'analogie entre les art. 314 et 310). Cfr. cependant, *A. T. F.* XXVIII², 279 et s., où le T. F. a décidé que la réparation se déterminait ici en conformité, non de l'art. 292, mais de l'*art. 116, alin. 2 ;* voir aussi *A. T. F.* XXX², 426 et s. (nature et importance du dédommagement) et *J. d. T.* XXXVII, 383.

préalable de trois mois à donner jusqu'au 1er Août. Si le nouveau propriétaire n'avait pas assumé l'obligation d'exécuter le bail et que le contrat eût été passé pour une année dès le 1er Mai ou pour une durée plus longue, le preneur n'aurait qu'un recours contre son bailleur dans le sens de l'art. 281, al. 1 *in fine*. Il est bien entendu que l'acquéreur ne peut indéfiniment retarder sa décision sur la question de savoir s'il opte pour la continuation ou la résiliation du bail; il est tenu, comme la bonne foi l'y oblige, de se prononcer immédiatement.

Si le contrat de bail ne crée en principe que des rapports personnels entre parties, il n'en peut pas moins revêtir un caractère *réel* par suite de l'accomplissement de certaines formalités qui le rendent opposable aux tiers, — ceci pour les baux immobiliers (voir loi vaudoise du 20 janvier 1882, C. civ. zurichois, art. 1512, etc.). *Il n'est pas dérogé par le présent article aux effets particuliers de l'inscription du bail sur les registres fonciers, hypothécaires ou autres analogues, tels qu'ils peuvent être réglés par le droit cantonal, ni aux dispositions des lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique* (al. 3). A l'ordinaire, l'expropriation pour cause d'utilité publique emportera résiliation immédiate du bail, sauf droit à indemnité du preneur contre l'auteur de l'expropriation (loi féd. du 25 mai 1850, art. 3, 42 et s.).

389. 5° Par la *faillite du preneur* (pour celle du *bailleur*, voir l'art. 281 ci-dessus), à laquelle il n'est pas permis d'assimiler[1] la saisie ou un autre mode d'exécution forcée. La faillite du preneur n'entraîne, au surplus, pas de plein droit la résiliation. *En cas de faillite du preneur*, dit l'art. 288, auquel l'art. 211 L. P. n'a point dérogé, *le bailleur peut résilier le bail, à moins que, dans un délai convenable, des sûretés ne lui soient fournies pour les termes arriérés et les termes à échoir* (cfr. art. 211 L. P.). Dès le jour où la faillite du preneur a été déclarée, le bailleur a une action en résiliation du bail, mais le preneur peut s'y soustraire en fournissant des garanties suffisantes dans un délai convenable (cfr. art. 122). Le preneur lui-même ne sera sans doute pas en état de fournir des sûretés, mais d'autres personnes, parents, amis, la masse des créanciers pourront intervenir en sa faveur. On a reconnu[2] que la faillite déclarée du locataire faisait l'office du jour fatal de l'art. 287, sauf au juge à arbitrer dans quel délai les sûretés peuvent être fournies. Ceci est inexact : la déclaration de faillite n'est pas l'équivalent de l'expiration du délai de l'art. 287; celle-là engendre une action en résiliation, celle-ci produit la résiliation. Ce n'est qu'après l'expiration sans résultat (la suffisance des sûretés est, en cas de contesta-

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXV, 259 (en sens contraire).
[2] *R. j. f.* VI, 28.

tion, décidée par les tribunaux) du délai convenable donné au preneur pour trouver et offrir des garanties, que l'expulsion peut être requise (cfr. art. 315). Il est vrai que le bailleur a aussi la faculté de réclamer le paiement des loyers arriérés qui lui sont dus, en cas de faillite de son locataire, et de procéder, à défaut de paiement, en vertu de l'art. 287; il peut également laisser le preneur dans la chose louée jusqu'à la fin du bail et faire valoir son droit de rétention. Si le bailleur résilie, il est vraisemblablement autorisé à invoquer l'analogie de l'art. 287, al. 3.

La masse en faillite peut voir des inconvénients à la continuation du bail consentie par le bailleur, sauf si des tiers, parents ou amis se chargeaient de garantir ce dernier; elle pourrait alors recourir à l'art. 292. Prenons un exemple: A., grand négociant, a pris à bail, pour trois ans, un appartement de 5000 fr.; il tombe en faillite à la fin de la première année du bail. Si le dernier semestre n'a pas été payé, le bailleur pourra résilier d'après l'art. 287, ou bien, choisir, comme dans l'espèce où les loyers échus seraient acquittés, entre les trois alternatives suivantes: fixer au preneur un délai convenable pour fournir des sûretés, le bail continuant aux risques et périls des garants si elles sont fournies, le bail étant résilié si elles ne le sont pas; exécuter son bail, dans la pensée que son droit de rétention le couvre; attendre que la masse, celle-ci établissant que la faillite est l'une des « circonstances graves » de l'art. 292 et que le preneur n'est plus en état d'occuper un logement de 5000 fr., lui paie le « dédommagement complet » dont parle ce dernier article. Pour la question des *dommages et intérêts*, voir art. 96 et 310.

390. 6° Par des *circonstances graves*, qui rendent la continuation d'un bail d'*immeubles* à terme fixe, *intolérable* à l'une ou à l'autre des parties. Ces « circonstances graves » seront, par exemple: pour le bailleur, la nécessité absolue de pouvoir jouir lui-même de son immeuble (si la maison qu'il occupait a été incendiée et s'il a besoin, pour son compte, de l'autre immeuble qu'il louait), des rapports très tendus entre sa famille et celle du preneur habitant la même maison par suite de plainte portée, de procès, etc.; pour le preneur, le fait de la mort de son co-locataire, engagé solidairement avec lui et avec lequel il exerçait une industrie en commun dans les locaux loués[1], des procès ayant surgi entre lui et le bailleur, la perte d'une place, de sa fortune, etc. Mais, comme l'a fait observer la commission du Conseil national, l'art. 292 est inapplicable « aux causes de congé qui peuvent découler du fait que l'autre partie contractante n'exécute pas le contrat »; ici, il y aurait lieu de recourir aux art. 110 et s., 277 et s.

[1] *A. T. F.* XV, 291.

ou 283 et s., qui admettent une résiliation immédiate à l'encontre de la partie fautive, sans indemnité à lui payer et même sous réserve de dommages et intérêts contre elle. D'autre part, l'art. 292 (cfr. art. 310) paraît applicable, dans son deuxième alinéa, aux cas de résiliation anticipée et indue (par exemple, lorsque le bailleur expulserait son locataire sans motifs avant le terme fixé). La preuve de la quotité du dommage à réparer est si difficile à faire, aussi bien dans ces cas que dans celui de notre article, puisqu'il s'agit essentiellement d'un préjudice à venir, que l'art. 292, al. 2, doit pouvoir être invoqué par analogie. Assurément, ce texte constitue une disposition exceptionnelle, dérogeant à l'art. 116, mais il vise, en matière de bail, toutes les espèces où le *ratio legis* est le même (voir, en outre, à l'art. 310 [1]).

Les « circonstances graves » ne deviennent d'ailleurs que sous certaines conditions, un motif de résiliation anticipée. Nous lisons à l'art. 292, qui s'applique également aux cas dans lesquels le preneur n'est pas encore entré en jouissance, n'a « pas encore entrepris l'exécution du bail [2] » : *Les baux immobiliers dont la durée a été fixée par les parties* (pour les autres, cfr. art. 290) *peuvent être résiliés par chacune d'elles avant leur expiration normale, s'il survient des circonstances graves qui lui en rendent la continuation intolérable, à charge par elle d'observer les délais prescrits à l'article 290, 1° et 2°, et d'offrir à l'autre partie un dédommagement complet* (al. 1), — sur l'importance et la nature duquel les parties auront à se mettre d'accord, et qu'il est, au reste, bien difficile de déterminer ainsi, à l'avance, alors qu'on ne sait rien du préjudice qui sera réellement causé par la résiliation anticipée [3]. *Si les parties ne peuvent s'accorder sur la nature ou l'importance de ce dédommagement, le juge prononce. Dans tous les cas, l'indemnité ne peut, soit pour le bailleur, soit pour le preneur, être inférieure au loyer d'*UN SEMESTRE *lorsque le bail est fait pour un an ou pour un terme plus long* (al. 2), — toujours dans l'hypothèse où la partie à laquelle le congé est donné n'a pas rendu, par sa faute, la continuation du bail intolérable, puisqu'il n'y aurait lieu alors à aucune indemnité en sa faveur (au contraire). L'al. 3 de notre article ajoute : *Le preneur ne peut être contraint de délaisser la chose louée tant que l'indemnité* (de résiliation) *ne lui est pas payée.* Le bailleur, en revanche, auquel des dommages et intérêts sont dus à raison de la résiliation anticipée, n'a qu'une créance ordinaire, non garantie par son droit de rétention.

[1] *A. T. F.* XII, 638 (en sens contraire, *H. E.* VIII, 135) ; voir p. 425, texte et note.
[2] *A. T. F.* XII, 639.
[3] *H. E.* VIII, 135.

391. 7° Par la *mort du preneur*, si le bail est à terme fixe et d'une année au moins. Quand c'est le *bailleur* qui décède, ses droits et ses obligations passent aux héritiers, qui le représentent et sont liés par le contrat dans la même mesure que lui-même. L'art. 1742 C. civ. fr. dispose que la mort des parties n'a aucune influence sur la durée du contrat de louage des choses ; cette solution, explicable au point de vue juridique, n'en est pas moins, dans bien des circonstances, contraire à l'équité. Effectivement, le décès du preneur peut avoir, pour sa famille, des conséquences telles qu'il est juste de prendre cet événement en considération ; le décès du preneur peut aussi, d'autre part, compromettre les droits du bailleur. C'est en vue de concilier les intérêts des deux parties, que l'art. 293 du Code fédéral des obligations prescrit : *En cas de mort*[1] *du preneur, les baux d'une année ou d'une durée plus longue peuvent être résiliés pour le plus prochain terme, soit par ses héritiers, soit par le bailleur, moyennant un avertissement préalable donné conformément à l'article 290, 1° et 2°*. Le texte français ne rend pas les mots : *ohne Entschädigung* — sans indemnité — du texte allemand ; on a signalé cette omission comme très regrettable, mais l'adjonction des mots « sans indemnité » serait, au fond, superflue, puisque *qui jure suo utitur neminem laedit* et que c'est bien un droit absolu qui est accordé par notre article. Si les parties ne font pas usage de la faculté qui découle pour elles de l'art. 293, le bail continue purement et simplement. Mais *dans quel délai* doivent-elles en faire usage ? Le Code garde le silence sur ce point, au lieu de prévoir, comme le code civil vaudois, par exemple, un délai de 42 jours ; il n'en faut point inférer cependant que la prescription du droit de résilier s'accomplisse par dix ans seulement, d'après l'art. 146. Rationnellement — et l'on peut admettre en principe que le législateur ne veut rien de déraisonnable, — les parties doivent être envisagées comme ayant tacitement renoncé à exercer la faculté de l'art. 293, si elles n'y ont pas déjà renoncé expressément ou si elles n'ont pas manifesté d'une autre manière qu'elles y renonçaient, dès qu'elles ont laissé expirer les délais de l'art. 290, chif. 1 et 2, ou les délais usuels s'ils sont différents, ou encore les délais établis spécialement à cet effet par la convention, sans donner congé. Ces délais courent d'ailleurs dès le décès du preneur, que la loi considère seul comme déterminant, et non point dès l'acceptation de sa succession, car il s'agit ici d'une disposition du droit fédéral qu'il n'est pas permis d'appliquer di-

[1] Et en cas de *suicide ?* La loi ne distingue pas. Et si *plusieurs* ont loué solidairement ? L'effet de la mort de l'*un* est nul, sauf que l'art. 292 peut devenir applicable. — Dans le cas d'un bail conclu, sous engagement *solidaire*, par plusieurs preneurs, la mort de l'un ne confère pas aux autres le droit de résilier (*A. T. F.* XV, 289), — mais, peut-être d'invoquer l'art. 292 (*J. d. T.* XLII, 160).

versement suivant les règles particulières du droit successoral des cantons en matière d'acceptation d'une hérédité.

Les baux *sans terme fixe* et ceux de moins d'une année seront résiliés en vertu des art. 289 et 291.

Si nous supposons que les termes fixés par l'usage soient la Saint-Jean et Noël, et qu'il n'y ait pas de délai stipulé ou de délai usuel différent de celui de l'art. 290, 1°, pour donner congé, le preneur peut, aux termes de cette disposition légale, résilier pour la Saint-Jean, moyennant avertir son bailleur jusqu'au 25 Mars; mais, après cette date, il ne peut donner congé au plus tôt que pour Noël et à condition encore de le déclarer jusqu'au 25 Septembre. Supposons maintenant le cas de la mort du preneur. S'il décède avant le 25 Mars, et même le dernier jour utile[1]; le congé peut être, et doit être donné pour la Saint-Jean, si l'on veut se prévaloir dans ce but de l'art. 293. S'il décède après le 25 Mars, le congé peut et doit être donné jusqu'au 25 Septembre. Dans l'une des hypothèses, le droit de donner congé est périmé à partir du 25 Mars, dans l'autre, à compter du 25 Septembre. Nous ne croyons pas qu'il soit possible de proposer une autre solution; celle que nous indiquons paraît conforme à l'esprit et même à la lettre de la loi, car enfin les mots « pour le plus prochain terme » de l'art. 293 ne peuvent être que l'équivalent de la formule suivante: pour le plus prochain terme pour lequel le congé peut être donné en vertu de l'art. 290.

On pourrait se demander encore s'il est permis de déroger par une clause du contrat (qui devrait, bien entendu, être constatée par écrit; cfr. art. 275, al. 2) aux dispositions de l'art. 293[2]. Quoiqu'il eût été sage de ne pas autoriser de conventions dérogatoires en rendant ainsi plus ou moins illusoire le droit de l'art. 293, rien n'indique que notre texte soit impératif. Au contraire, les co-contractants ont pu stipuler que le décès du preneur sera sans effet sur la durée du bail, ou qu'il en entraînera immédiatement l'extinction, ou encore établir des délais différents de ceux de l'art. 290, chif. 1 et 2. Mais lorsque les parties ne se sont pas interdit conventionnellement le droit de résilier en cas de mort du preneur, le congé sera donné en observant les délais du dit art. 290, chif. 1 et 2 (trois mois ou deux semaines, ou délai usuel), et au plus tard le dernier jour avant l'expiration de ces délais, quand bien même le bail aurait prévu, pour le congé en général et sans viser spécialement le cas de mort du bailleur, un délai plus long ou plus court[3]. Si le décès tombe moins de trois mois ou de deux semaines

[1] Il faut admettre cependant que c'est moins le décès que l'époque où le bailleur l'a connu, ou dû connaître, qui entre en ligne de compte ici.

[2] *Schneider et Fick*, 477. *Janggen*, 161.

[3] *R. j. f.* III, 49.

avant « le plus prochain terme », le plus prochain terme utile est naturellement le suivant.

392. 8° Par suite de l'*inexécution des obligations des parties*. Le principe général dominant cette matière est renfermé à l'art. 122; les cas spéciaux de résiliation nous sont fournis par les art. 277. 280, 281, 283, al. 2, 287, sur lesquels nous ne reviendrons pas.

SECTION TROISIÈME

Bail à loyer des meubles.

393. Les principes sont les mêmes ici que pour le bail à loyer d'immeubles, auquel cependant les art. 275, al. 2, 281, al. 2 et 3, 290, chif. 1, 292, 294, 295 sont exclusivement applicables.

Nous ne relèverons que les particularités suivantes :

1° On peut, dans les baux mobiliers, déroger même valablement aux dispositions du Code (*alias*, art. 275, al. 2).

2° En cas d'aliénation de la chose louée ou d'enlèvement par suite d'exécution forcée ou de faillite du bailleur, le nouvel acquéreur de la chose mobilière louée n'est pas tenu d'observer, à l'égard du preneur, le délai de l'art. 290; le bail se trouve résilié de plein droit, sauf recours du locataire contre le bailleur.

3° Les baux mobiliers faits pour un temps indéterminé peuvent être dénoncés moyennant l'avertissement de l'art. 290, chif. 2, s'il s'agit de meubles garnissant un logement, et de l'art. 290, chif. 3, s'il s'agit d'autres effets mobiliers.

4° Les baux mobiliers ne peuvent être résiliés à raison des « circonstances graves » de l'art. 292.

5° Le bailleur d'un meuble n'a, cela va sans dire, pas le droit de rétention des art. 294 et 295.

CHAPITRE III

Du bail à ferme.

SECTION PREMIÈRE

Nature, objet et forme du contrat.

§ 1. *Nature et objet du bail à ferme.*

394. On crut pouvoir, à l'origine, soumettre à des prescriptions uniformes le bail à loyer et le bail à ferme. Il n'en fallut pas moins tenir compte des différences essentielles qui existent entre ces deux contrats. Nous avons déjà montré que si le bail à loyer confère au preneur l'*usus* de la chose louée, le bail à ferme lui en attribue l'*usus* et le *fructus*. Ce qui caractérise encore le bail à ferme, c'est qu'il suppose une exploitation réelle de la part du fermier. Celui-ci doit agir sur la chose affermée, doit lui consacrer son travail, tandis, qu'en principe, le locataire se borne à jouir de la chose louée. Ces diverses particularités du bail à ferme ne ressortent qu'imparfaitement de la traduction défectueuse de l'art. 296 : *Le bail à ferme est un contrat par lequel l'une des parties, le bailleur, s'oblige à faire jouir l'autre, le fermier, d'un immeuble ou d'un droit productif (droit de chasse, force hydraulique, exploitation d'une industrie*[1], *etc.), moyennant un prix ou fermage que le preneur s'oblige à lui payer. Ce fermage peut consister soit en argent, soit en une quote-part des fruits ou produits (colonage partiaire, métayage).* Le début de l'art. 296 devrait être plutôt conçu ainsi : « Le bail à ferme est un contrat par lequel l'une des parties, le bailleur, s'oblige à *remettre* à l'autre partie, le fermier, pour que celui-ci *en perçoive les fruits* ou les produits, un immeuble ou un droit productif, » etc. Avec cette formule, qui concorde avec le texte allemand, nous distinguons nettement, quant à leur nature, entre le bail à loyer et le bail à ferme.

[1] *H. E.* XVI, 70.

395. L'objet du bail à ferme n'est pas le même non plus que celui du bail à loyer. Cet objet doit être une chose *productive* dont le fermier a l'exploitation, mais dont il est tenu de conserver la substance[1] (voir nº 403, *in fine*), soit un immeuble destiné à produire des fruits — immeuble rural notamment, — soit un droit productif, comme ceux que le Code énumère et comme les suivants aussi : exploitation d'un brevet d'invention, d'une entreprise de transport, d'une patente d'auberge, etc. (voir, en outre, nºs 352 à 354).

Le *prix* du bail peut consister en argent, être fourni en nature, ou être acquitté partiellement en argent et en nature. Lorsque le fermage est payé en nature, en totalité ou en partie, nous avons un colonage partiaire ou un métayage (voir art. 1821 à 1830 C. civ. fr. remplacés d'ailleurs, là où ils étaient en vigueur, par nos art. 296 et s.).

§ 2. *De la forme du contrat.*

396. Elle est régie par les mêmes dispositions que celle du bail à loyer (cfr. art. 275, 297). Elle est donc *libre*, sous réserve de l'article 275, al. 2, qui s'applique aux baux à ferme d'*immeubles*.

§ 3. *Règles communes aux baux à loyer et à ferme.*

397. Il nous suffira de transcrire ici l'art. 297, quitte à nous expliquer sur sa portée au cours du présent chapitre : *Les articles 275, 277[2], 278, 280, 294 et 295 s'appliquent, par analogie, au bail à ferme.* En somme, tout ce que nous avons dit à propos du bail à loyer, de la *forme* du contrat (art. 275), de l'*obligation à garantie* du bailleur (art. 277, 278, 280), et du *droit de rétention* se rapporte également au bail à ferme.

[1] Il faut décider cependant que si le droit de jouissance conféré était d'une intensité telle qu'il atteignît la substance de la chose, le contrat n'en pourrait pas moins être un bail à ferme (*sic*, Hafner).

[2] *J. d. T.* XLV, 256, arrêt du T. F., du 27 Nov. 1896 (le fermier troublé par le bailleur dans sa jouissance peut invoquer cumulativement les art. 112 et 277).

SECTION DEUXIÈME

Obligations du bailleur.

398. *Obligation de délivrer la chose.* L'art. 300 (cfr. art. 276) nous enseigne que : *Le bailleur est tenu de délivrer au fermier la chose, ainsi que les objets mobiliers compris dans le bail* (cfr. art. 299), *dans un état approprié à l'usage et à l'exploitation prévus par le contrat.* Si la chose est délivrée dans un état tel qu'elle soit impropre à l'usage ou à l'exploitation pour laquelle elle a été louée, ou si cet usage ou cette exploitation sont notablement compromis, le fermier a le droit de se départir du contrat, en vertu et sous les conditions des art. 122 à 125[1] (cfr. art. 277, al. 1, 297). La perte des bâtiments servant à l'exploitation d'un bien rural (ou même d'un droit productif) peut être considérée comme une simple détérioration, si les immeubles ne sont que les accessoires, les *Pertinenzen*, du domaine, et le bailleur peut être astreint à reconstruire[2]. En cas de résiliation anticipée et indue, les dommages et intérêts se calculeraient en conformité des art. 110 et s. et comprendraient l'*Erfüllungsinteresse*[3], c'est-à-dire ce que l'exécution aurait pu faire gagner et ce que l'inexécution a fait perdre au demandeur.

Si — art. 299 — *des ustensiles, des bestiaux* (cfr. art. 320), *ou des provisions sont compris dans le bail, chacune des parties est tenue d'en remettre à l'autre un inventaire détaillé, signé par elle, et de se prêter à une estimation contradictoire de ces objets.* Les « ustensiles » s'entendent surtout des instruments aratoires et, en général, du mobilier livré au fermier pour l'exploitation du bien ou du droit productif loué. L'inventaire de l'art. 299 n'est pas obligatoire, bien que chacune des parties soit « tenue » d'en remettre un à l'autre ; son défaut rendrait la preuve de la consistance du mobilier loué très difficile, sinon impossible (cfr. art. 317). Mais la rédaction de l'art. 299 laisse à désirer : laquelle des deux parties est autorisée à exiger, en première ligne, un inventaire, ou toutes deux y sont-elles autorisées en même temps ? Il semble rationnel de décider que ce sera le bailleur qui devra dresser l'inventaire, sauf que le fermier pourra être obligé de le signer et de consentir à une estimation contradictoire. L'inventaire peut être reçu en la forme authentique ou sous seing privé (cfr. art. 12 C. O.).

[1] *H. E.* VI, 265 ; cfr. *A. T. F.* XV, 382.
[2] Voir ad art. 314. *H. E.* VI, 265.
[3] *A. T. F.* XXV[2], 781 et s.

399. *Obligation de l'entretenir en bon état.* Les règles sont à peu près les mêmes que dans le bail à loyer. *Le bailleur* — art. 302 — *supporte les charges et impôts qui grèvent la chose louée,* — à moins sans doute de convention ou d'usage contraire (cfr. art. 282, al. 1). *Si* — art. 301 — *de grosses réparations deviennent nécessaires pendant la durée du bail, le bailleur est tenu de les exécuter à ses frais aussitôt que le fermier lui en a fait connaître la nécessité* (cfr. art. 282, al. 2, 284). Mais le fermier a l'obligation de les souffrir, dans la mesure indiquée en l'art. 278 (cfr. art. 297). Il y a lieu de consulter également l'art. 305. La distinction entre grosses et menues réparations se fera d'après ce que nous avons dit sous nos 365, 372, 402 et 404. Il est évident, au surplus, que, si la propriété affermée a été négligée pendant des années par la faute du bailleur et si des réparations qui, de leur nature, sont d'entretien, deviennent indispensables, on pourra les assimiler aux grosses réparations de l'art. 301. L'usage des lieux et les circonstances seront d'un grand poids.

Le bailleur doit en outre, à la fin du bail, récompense au fermier, non pas certes des soins que celui-ci a donnés à la chose, mais de la plus-value résultant de ses débours et de son travail (cfr. art. 318, al. 3).

400. *Obligation de faire jouir paisiblement le preneur.* Le bailleur doit assurer au fermier l'*usage* de la chose, et le lui assurer intégralement dans le sens des art. 277, al. 2, et 280 (cfr. art. 297). Il va de soi qu'il n'est pas obligé à garantie relativement aux *fruits* ; cependant notre loi admet, pour des raisons d'équité, en son art. 308, le principe du droit romain d'après lequel le fermier peut exiger une diminution proportionnelle des fermages, lorsque le rapport habituel du bien est notablement réduit par des circonstances extraordinaires.

SECTION TROISIÈME

Obligations du fermier.

401. Ses obligations sont en général les mêmes que celles du locataire. Mais il est non seulement tenu d'*user* de la chose louée, il doit encore l'*exploiter* en bon père de famille.

§ 1. *Obligation d'user de la chose louée et de l'exploiter en bon père de famille.*

402. Notre loi ne demande pas expressément, comme le droit français, que le fermier garnisse la ferme des bestiaux et ustensiles nécessaires à son exploitation, en vue d'assurer la bonne culture des terres et de consacrer le droit du bailleur des art. 294 et 295. Mais cette obligation est évidente, aux termes mêmes de l'art. 303 (voir, en outre, nº 373). Cet article 303, qui a trait au bail des biens ruraux comme des droits productifs, dispose ce qui suit : *Le fermier est tenu d'exploiter la chose louée en bon père de famille, suivant l'usage auquel elle a été destinée ; il doit notamment la maintenir en bon état de productivité* (al. 1). Le fermier doit exploiter en bon père de famille, c'est-à-dire avec sollicitude et intelligence, mais il est complètement libre de diriger l'exploitation à son gré, sans que le bailleur soit en droit de lui donner des ordres ou de le contrôler. Si, par exemple, l'exploitation d'un chemin de fer a été louée, le fermier ne doit pas abuser de la ligne, ni des machines, doubler peut-être le chiffre des trains circulants, entasser des marchandises dans les vagons de personnes, employer de mauvais matériaux pour le chauffage des locomotives, etc. S'il s'agit d'une ferme, il ne devra pas épuiser le sol, en tirer plus qu'il ne peut donner, et il prendra soin des bâtiments. Il n'est pas obligé, en revanche, d'augmenter le rendement du bien affermé ; il suffit qu'il le maintienne « en bon état de productivité[1] ». Ainsi, pour reprendre nos deux exemples : le fermier d'un chemin de fer ne devra pas compromettre la circulation sur la ligne, en élevant les taxes, en brûlant les stations, en négligeant de prendre les mesures de précaution les plus ordinaires ; de son côté, le fermier d'un bien rural devra fumer convenablement ses terres, reboiser les forêts dans lesquelles il aura pratiqué des coupes, remplacer les arbres fruitiers qu'il aura abattus. On applique l'art. 313, dont nous traiterons ci-après, au fermier qui n'exécute pas ses obligations. Le 2me al. de l'art. 303 ajoute : *Il* (le fermier) *n'a le droit d'apporter au mode d'exploitation existant aucun changement dont les effets puissent s'étendre au delà de la durée du bail.* Il ne peut donc convertir des champs en pâturages, des prés en forêts, des vignes en terres de labour, à moins que les effets des transformations accomplies ne doivent cesser et ne cessent avant la fin du bail, ou au moment de l'expiration du contrat. La sanction de cette défense est renfermée, elle aussi, à l'art. 313.

L'art. 304 prescrit au surplus : *Le fermier doit pourvoir au bon*

[1] Cfr. *A. T. F.* XIX, 376.

entretien de la chose louée (al. 1). Mais on verra que le législateur a jugé à propos de déterminer plus exactement que dans le bail à loyer le sens des mots « réparations locatives », et, d'autre part, le défaut d'entretien du bien loué peut entraîner la résiliation du bail : *Il est tenu, conformément à l'usage des lieux, des menues réparations, et, notamment, s'il s'agit d'un bien rural, de l'entretien ordinaire des chemins, passerelles, fossés, digues, haies et clôtures, toitures, aqueducs, etc. ; il doit, en outre, remplacer les ustensiles et outils de peu de valeur qui ont péri de vétusté ou par l'usage* (al. 2), — mais seulement ceux « de peu de valeur », fourches, râteaux et autres objets qui auraient été loués avec l'immeuble.

403. Et maintenant, d'après l'art. 313 : *Le bailleur a le droit de résilier* — « sans autre », dit le texte allemand — *si le fermier contrevient d'une manière grave aux obligations que lui imposent les articles 303 et 304, et si, nonobstant sommation*[1], *il ne s'acquitte pas dans un délai convenable à fixer par le bailleur* (cfr. art. 122, 283, al. 2). — *On applique également, dans ce cas, les dispositions de l'article 312, alinéa 3, relatives aux fruits et aux frais de culture.* Si les contraventions du fermier ne sont pas « graves », ou plutôt importantes *(erheblich)*, ou si le bailleur n'use pas de son droit de résilier, il y a lieu à indemnité en vertu de l'art. 317, al. 2. Spécialement, ainsi que l'a jugé le Tribunal fédéral[2], « il ne suffit pas que le fermier ait commis des fautes quelconques dans l'exploitation de la chose louée ; il faut qu'il se soit rendu coupable de manquements graves... Comme il exploite dans son propre intérêt, il n'est nullement tenu d'améliorer le domaine affermé, mais il est, au contraire, simplement obligé de rendre la chose louée, à l'expiration du bail, dans l'état où il l'avait reçue. L'exploitation du domaine pendant la durée du bail est pour le compte du fermier ; des fautes d'agriculture commises par lui, qui n'ont d'influence que sur le rendement du domaine, *pendant la durée du bail*, ne lèsent donc aucunement les intérêts du bailleur ». Et des fautes de cette nature n'autoriseraient point ce dernier à résilier.

404. Nous savons que le bailleur doit les grosses réparations, comme dans le bail à loyer, et nous trouvons à l'art. 305 des dispositions tout à fait pareilles à celles de l'art. 284 : *Si de grosses réparations* (cfr. art. 301) *deviennent nécessaires, ou si un tiers élève des prétentions sur la chose louée, le fermier est tenu d'en aviser immédiatement le bailleur, sous peine de tous dom-*

[1] *J. d. T.* XLIII, 194 (une sommation préalable est nécessaire, avec fixation d'un délai convenable, — un mois pouvant n'être pas suffisant dans telles circonstances données).

[2] *A. T. F.* XIX, 378.

mages et intérêts. En effet, le propriétaire a un grand intérêt à connaître la nécessité de grosses réparations qui, si elles n'étaient point faites, pourraient lui être très préjudiciables; il convient aussi qu'il soit promptement informé des usurpations commises sur son domaine, afin que des tiers ne puissent pas lui opposer plus tard la prescription.

§ 2. *Obligation de payer le prix du bail.*

405. On se rappelle que, sauf convention contraire, le preneur, locataire ou fermier, doit, outre ses loyers ou fermages, les frais et loyaux coûts du contrat (arg. art. 232); on n'a pas oublié non plus que les loyers ou fermages se prescrivent par cinq ans, (art. 147, chif. 1); voir encore nº 402.

1. *Paiement du prix.* Le *lieu* du paiement est déterminé par le contrat, sinon par la volonté présumée des parties, ou, à défaut, par l'art. 84, chif. 1. L'art. 307 statue, au sujet de l'*époque* du paiement: *Le fermier est tenu de payer le fermage aux termes fixés par le contrat ou par l'usage local. Si aucun terme n'est ainsi fixé, le fermage est payable à l'expiration de chaque année de bail, et, au plus tard, à l'expiration du temps pour lequel le bail est fait* (cfr. art. 286), — si le bail est de moins d'une année.

Notre loi admet, avec la plupart des législations modernes, qui s'étaient d'ailleurs inspirées du droit romain, que le bailleur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix du bail d'un *bien rural,* lorsque, par suite d'un cas de force majeure, la récolte d'une année est sérieusement compromise. Mais il faut, pour que cette remise puisse être réclamée, que les fruits aient péri *avant* la récolte ; s'ils ont péri après, le fermier n'en doit pas moins le fermage tout entier. En opposition cependant avec le droit français, notre Code n'autorise pas le bailleur à répéter le montant des diminutions accordées, lorsque de bonnes années succèdent aux mauvaises ; le propriétaire ne peut dire à son fermier : En 1904, votre récolte a été endommagée par la grêle et je vous en ai tenu compte par une réduction de 500 fr. sur votre fermage ; mais vous faites, en 1905, une récolte superbe dépassant de 500 fr. et davantage la récolte habituelle, vous allez me rendre ce que j'avais abandonné sur le précédent fermage. Voici, au reste, l'art. 308 : *Le preneur d'un bien rural* (non pas d'un « droit productif ») *peut exiger une remise proportionnelle du fermage si, par suite d'accidents extraordinaires, le rapport annuel du bien est notablement diminué.* Le mot « accident » a un sens très général ; il est l'équivalent de l'expression *Unglücksfall* (malheur) du texte allemand, ensorte qu'il comprend non seulement les faits de guerre, de grêle, d'inondation, de sécheresse, de tremblement de terre, mais le phylloxera, le mil-

dew, une invasion de chenilles, etc. Qu'entendre par une diminution « notable » du rapport annuel ? L'art. 1770 C. civ. fr. considère comme telle une perte de la totalité ou au moins de la moitié, le C. civ. des Grisons (art. 418) une perte des deux tiers, le C. civ. zurichois (art. 1540) une perte assez importante pour que la récolte de l'année ne permette pas de faire les semailles de l'année suivante, ni de pourvoir aux besoins de l'exploitation. Aux termes de notre loi, le juge a toute liberté d'appréciation, quoiqu'on puisse admettre, en principe, qu'une diminution de moins de la moitié de la récolte moyenne n'autorisera pas le fermier à réclamer la remise de l'art. 308, la ou les récoltes futures pouvant et devant même le dédommager selon toutes prévisions. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a diminution notable uniquement lorsque la différence dans le rendement d'une année reste inférieure à l'écart entre le produit des années bonnes ou moyennes et celui d'une année mauvaise non traversée par des événements extraordinaires[1], — et ce critère semble aussi rationnel qu'équitable. La « remise proportionnelle », d'autre part, n'a rien d'une mesure arithmétique : elle s'entendra, en cas de récolte exceptionnellement mauvaise, d'une portion de la perte subie au delà des limites dans lesquelles le fermier doit la supporter seul[2].

Les parties peuvent, au demeurant, déroger à tout ceci conventionnellement[3], sauf à observer l'art. 275, al. 2 (art. 297) ; et nous lisons même au 2me al. de l'art. 308 : *Toutefois il* (le fermier) *n'a pas droit à une remise, s'il y a lieu d'admettre que l'éventualité de semblables accidents a été prise en considération lors de la fixation du fermage, ou si le dommage est couvert par une assurance.* Il n'est presque pas besoin de faire remarquer que si la diminution de la récolte a pour cause une circonstance personnelle au fermier (sa maladie, sa faute, ou celle de sa famille, etc.), l'art. 308 n'est nullement applicable ; si la mauvaise récolte est due en partie seulement à sa faute, en ce qu'il aurait négligé de prendre des mesures qui eussent atténué le dommage, la remise du dit ar-

[1] *A. T. F.* XXVI[2], 85 et s.

[2] *A. T. F.* XX, 1031 et s.

[3] Une motion Hochstrasser, déposée sur le bureau du Cons. national, endait à faire consacrer le caractère de privilège d'ordre public du droit dérivant de l'art. 308, car la renonciation à ce droit est devenue une clause de style dans les actes (voir un article que nous avons publié sur cette question dans *J. d. T.*, année 1894, p. 209 et s.). Cette motion fut retirée au vu de la prochaine codification du droit civil suisse, et l'un ou l'autre député déclara même, au cours des débats, que l'art. 308 était de droit strict, — ce qui est une erreur, comme nous croyons l'avoir démontré dans l'étude citée tout à l'heure. Cfr. *J. d. T* XLIII, p. 1 et s. (article de M. F.-H. Mentha), *Zeitsch. des bern. J. V.*, XXX, 637, *H. Chérix :* De la remise du fermage, art. 308 C. O., Nyon, in-8, 1902, *R. j. f.* XIII, 74, 75 (on peut déroger conventionnellement à l'art. 308).

ticle sera moins forte. Le fermier n'est, sauf stipulation contraire, pas tenu de s'assurer. Ajoutons que, s'il payait ses fermages sans faire de réserves, après avoir pu constater la « diminution notable » de l'art. 308, il aurait tacitement renoncé à se prévaloir de ce texte [1].

L'art. 298 (cfr. art. 279) porte d'ailleurs : *Le fermier qui, par sa propre faute ou par suite d'un accident survenu dans sa personne, ne peut se servir de la chose louée ou n'en peut faire qu'un usage restreint, n'en reste pas moins obligé de payer le fermage tout entier, pourvu que le bailleur ait tenu la chose louée à sa disposition pour l'usage convenu; sans préjudice toutefois de l'article 310;* cfr., en outre, art. 277, 278 (297), 279.

406. 2. *Garantie des droits du bailleur.* Le bailleur jouit, pour la garantie du fermage de l'année écoulée et de celui de l'année courante, du même droit de rétention que dans les cas réglés par les art. 294 et 295 (297) ; voir nos 376 et s. Ce droit de rétention s'étend en conséquence aux meubles garnissant les lieux loués et servant, soit à l'arrangement, soit à l'usage, soit aussi, selon nous, à l'*exploitation* de ces lieux. Il semble bien, à ne consulter que le texte de l'art. 294, que notre interprétation aille trop loin. L'art. 294 ne parle, en vérité, que de « l'usage et de l'arrangement » de la chose louée ; il ne parle pas, ni même ne pouvait parler, puisqu'il a sa place au chapitre du bail à loyer, des meubles destinés à l'exploitation du bien pris à ferme. Mais le mot « usage » — *Benützung*, dit le texte allemand, ce qui est plus général que le terme : *Gebrauch* employé à l'art. 274, dans la définition du bail à loyer, — mais ce mot nous paraît avoir un sens assez large pour que, appliqué au bail à terme, il puisse signifier à la fois l'usage proprement dit et l'exploitation. Ce qu'il y a de certain, c'est que, pour le fermier, la forme essentielle de l'usage est ce que nous appelons l'exploitation, et il serait impossible de distinguer, parmi les meubles garnissants, entre ceux qui sont affectés à l'usage et ceux qui le sont à l'exploitation du bien loué. Dès lors, le droit de rétention frapperait aussi les fruits produits par la chose, pour autant qu'ils seraient des « meubles garnissant les lieux loués » [2], puisqu'ils servent à l'exploitation de ces derniers (voir no 377). C'est ce que les législations d'autres pays admettent également et c'est la seule solution rationnelle.

407. 3. *Conséquences du défaut de paiement des fermages.* En cas de non paiement de tout ou partie des fermages exigibles, le bailleur a, comme dans le bail à loyer, le droit de recourir au

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.*, XXXII, 42.
[2] Opinion contraire, *Haberstich*, II, 74.

moyen de l'expulsion (cfr. art. 287). L'art. 312 dispose : *Si le fermier ne paie pas le fermage à l'échéance* (cfr. art. 307), *le bailleur peut lui assigner un délai de soixante jours, en lui signifiant qu'à défaut de paiement, le bail sera résilié à l'expiration de ces soixante jours* (al. 1), — et sous réserve de tous dommages et intérêts s'il y a lieu, bien que l'art. 312 ne le dise pas (cfr. art. 287 *in fine* et 124). *Le délai court du jour où le preneur a reçu l'avis du bailleur* (al. 2), — mais ce jour n'est pas compris dans la supputation du délai. Le preneur ne peut certainement plus invoquer la compensation, une fois les soixante jours écoulés, pour empêcher l'expulsion. Pourra-t-il l'invoquer utilement avant l'expiration du délai ? Oui, si sa créance est reconnue ; non, si elle est contestée ; il devrait consigner, dans ce dernier cas[1], sous réserve de tout recours en dommages et intérêts contre le bailleur si les contre-réclamations du fermier étaient justifiées et si, par conséquent, on l'avait expulsé à tort. Pour le surplus, nous renvoyons au nº 381.

L'art. 312, al. 3, renferme encore une prescription particulière aux baux à ferme de *biens ruraux : Lorsqu'il s'agit d'un bien rural, le fermier n'a pas droit aux fruits encore pendants lors de la résiliation ; mais les frais de culture correspondants doivent lui être remboursés au taux fixé par le juge, sauf imputation du fermage courant.* Si le bail est résilié dans les conditions de l'article 312, le fermier conserve les fruits perçus ; les fruits non perçus jusqu'au temps de la résiliation demeurent la propriété du bailleur, sauf à tenir compte au preneur des frais de culture (quant à ces fruits non perçus) dans la mesure fixée par la loi, en les imputant « sur le fermage courant », ou mieux, sur les fermages jusqu'à due concurrence. Cette partie de l'art. 312 s'applique aussi aux cas de résiliation d'après l'art. 313.

§ 3. *Restitution de la chose louée à la fin du bail.*

408. En dehors de la restitution de la chose louée et des objets portés à l'inventaire, le fermier a une obligation analogue à celle de l'art. 1778 C. civ. fr. et qui revêt les caractères d'une véritable expropriation : la loi l'a admise pour une raison d'ordre public : la bonne culture des terres. *Le fermier sortant,* dit l'art. 319[2], *doit laisser sur le domaine les pailles et engrais de la dernière année. S'il a reçu moins lors de son entrée en jouissance, il a*

[1] *R. j. f.* IV, 141.
[2] *A. T. F.* XXIX[2], 669 et s. (le droit dérivant de l'art. 319 pour le bailleur se change en créance ; cfr. art. 211 L. P.).

droit à récompense pour l'excédent. Cet article concerne toutes les causes d'extinction du bail. Quant aux pailles et engrais des précédentes années, ils doivent être employés sur la ferme même, sous peine de contravention à l'art. 303; notre texte ne se réfère d'ailleurs qu'aux pailles et engrais provenant du domaine.

Les obligations spéciales dérivant de la restitution de la chose louée, dans le bail à ferme, sont réglées comme suit aux art. 317 et 318. Tout d'abord, l'art. 317: *A la fin du bail, le fermier est tenu de restituer la chose louée, avec tous les objets portés sur l'inventaire* (cfr. art. 299) *dans l'état où ils se trouvent* (al. 1). Si ces objets n'ont pas été inventoriés, la preuve qu'ils ont été remis au fermier incombera nécessairement au bailleur. Mais, dès que la remise sera établie par une preuve faite en justice ou par l'inventaire dressé en conformité de l'art. 299, le fermier sera présumé les avoir reçus en bon état (arg. art. 300); il est vrai que, suivant M. Haberstich et MM. Schneider et Fick, cette présomption n'est pas conciliable avec les principes de notre loi, mais nous croyons que le fermier qui accepte la chose louée et les objets compris dans le bail, sans élever les réclamations qu'il était en droit de faire valoir alors, doit être considéré comme responsable, en principe, de toutes les détériorations non provoquées par un usage régulier ou par le fait du temps écoulé; si les objets sont détruits par l'usage, ils seront remplacés (cfr. art. 318). *Il* (le fermier) *doit indemniser le bailleur des dégradations qu'il aurait pu prévenir en donnant à la chose les soins voulus* (al. 2), — c'est-à-dire en l'exploitant convenablement (cfr. art. 303, 304, 110 et s.). Cette indemnité s'étend non seulement aux dégradations, mais aussi aux objets remis au preneur, et non représentés ou détériorés. Cependant le fermier s'exonère de toute responsabilité, s'il établit le cas fortuit (cfr. toutefois art. 318, al. 2).

L'art. 318 nous enseigne que : *Si, lors de l'entrée en jouissance, les objets portés sur l'inventaire ont été estimés, le fermier sortant est tenu de les restituer en même espèce et valeur, ou de bonifier la moins-value* (al. 1). Cette moins-value se calculera sur l'ensemble des objets; on se reportera, pour ce calcul, à l'époque de l'inventaire, et non pas à celle de la restitution. Si des objets détériorés ou détruits peuvent être achetés, à la fin du bail, pour un prix bien inférieur à celui de l'inventaire, le fermier les remplacera par des objets « de même espèce et valeur », s'il ne veut pas s'exposer à bonifier une moins-value excessive. *Il* (le fermier) *ne doit aucune indemnité pour les objets à l'égard desquels il prouve qu'ils ont péri par la faute du bailleur ou par force majeure* (al. 2), — incendie, inondation, etc.

409. On avait réclamé l'insertion, dans les projets de notre Code, d'une disposition qui accordât au fermier une indemnité à

raison des améliorations apportées par lui, pendant la durée du bail, au domaine loué; on alléguait qu'une pareille disposition favoriserait l'agriculture. Notre loi a fait droit à ce vœu : *Il* (le fermier) *n'a droit à aucune récompense pour les améliorations qui ne sont que le résultat des soins qu'il devait à la chose* (art. 317, al. 3). *Il a droit à récompense pour la plus-value qui provient de ses débours et de son travail*[1] (art. 318, al. 3). Le fermier devant exploiter en bon père de famille, c'est au bailleur que profite le résultat d'une exploitation consciencieuse ou intelligente. Mais quand la plus-value est la conséquence de sacrifices faits par le preneur, en dehors ou au delà de ses obligations légales, il convient de l'indemniser. Si le fermier a drainé un terrain marécageux, reboisé une forêt, sans qu'il en fût chargé, il pourra exiger que le montant de la plus-value produite à ses frais lui soit remboursé. S'il a exécuté de grosses réparations à supporter par le bailleur, et négligées par celui-ci malgré l'avertissement donné en vertu de l'art. 305, il est autorisé à réclamer toutes ses impenses. Mais le fermier n'a, en général, droit qu'à la plus-value, parce qu'il a aussi trouvé son compte dans les améliorations.

SECTION QUATRIÈME

Du droit de sous-affermer.

410. Le bail à ferme est régi, en ce qui concerne la sous-location, par d'autres dispositions que le bail à loyer. Tandis que le locataire peut sous-louer, sauf convention contraire, le fermier ne le peut, en principe, sans l'autorisation du propriétaire. L'art. 306 prescrit : *Le fermier n'a pas le droit de sous-affermer la chose sans le consentement du bailleur. Toutefois, il est libre de sous-louer des locaux isolés qui en dépendent, pourvu qu'il ne résulte de ce fait aucun changement préjudiciable au bailleur* (al. 1). Pourquoi traiter d'une manière si inégale deux actes qui ont, en somme, le même résultat pour le fermier et le locataire : celui de leur assurer les fruits civils, comme les fruits naturels, de la chose affermée ou louée? C'est qu'il n'est pas trop difficile d'évaluer et de réparer le dommage occasionné par un mauvais locataire, tandis qu'il est beaucoup plus difficile de déterminer la dépréciation

[1] *J. d. T.* L, 677, arrêt du T. F., du 5 Juil. 1902 (ce texte s'applique uniquement aux améliorations apportées dans la limite des obligations contractuelles expressément assumées ; les autres tombent sous le coup de l'art. 470). Le mot « débours » signifie : impenses *(Verwendungen)*.

qu'une exploitation abusive fait subir à un bien rural ou à l'un des droits de l'art. 296, et de leur rendre fertilité ou productivité primitives. Et puis, la considération de la personne du preneur est beaucoup plus importante, en général, dans le bail à ferme que dans le bail à loyer. Partant, le sous-affermage n'est possible que du consentement du bailleur, mais la sous-location de locaux isolés dépendant de l'objet du bail, une chambre, un appartement, est autorisée si le contrat ne l'interdit point. Il faudrait sans doute assimiler au sous-affermage le fait que le fermier a confié à un remplaçant, un mandataire, l'exploitation de la chose louée[1].

Dans la mesure où le sous-affermage et la sous-location sont permis, on applique par analogie les alinéas 2 et 3 de l'article 285 (al. 2). Sont également applicables les art. 275, al. 2, et 295.

SECTION CINQUIÈME

Comment le bail à ferme prend fin.

411. Le bail à ferme prend fin pour les mêmes causes que le bail à loyer :

1° Par le *consentement des parties.*

2° Par la *perte de la chose louée* (en cas de perte partielle, voir art. 277 et 297) ; mais le contrat n'est pas résolu rétroactivement et le bailleur est libéré s'il n'est pas en faute (cfr. art. 145)[2].

3° Par l'*expiration du temps* pour lequel il a été fait, s'il n'y a pas eu *tacite reconduction*. Il faut distinguer :

a) Si les baux sont *sans terme fixe*, l'art. 309[3] nous dit : *Sauf usage ou convention contraire* (*über die Pachtzeit*, « sur la durée du bail », ajoute le texte allemand), *chacune des parties a le droit de donner congé, à condition de le faire au moins* SIX MOIS *à l'avance; si le bail concerne un bien rural, le congé ne peut être donné que pour la St-Martin* (sauf convention ou usage contraire, également)*; quant à tous autres objets, il peut l'être pour une époque quelconque de l'année,* — moyennant l'avertissement préalable dont mention ci-dessus. La St-Martin correspond au 11 Novembre ; si cette date a été choisie, a-t-on expliqué, c'est qu'elle clôt en quelque sorte l'année agricole. En réalité, l'époque de Saint-

[1] *R. j. f.* IV, 140.

[2] *A. T. F.* XIV, 729.

[3] Cfr. *A. T. F.* XVI, 566, XVIII, 104 ; cfr. *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVII, 154.

Martin est fort mal choisie, car c'est précisément quand grange, cave et grenier sont remplis, qu'il faudra quitter la ferme! On aurait dû laisser le choix entre St-Georges et St-Martin, à tout le moins; mais on n'a tenu compte que des intérêts et des besoins des contrées alpestres.

b) Si les baux sont à *terme fixe*, l'art. 311 dispose : *Si le bail a été fait pour un temps fixé et qu'à l'expiration de ce temps, le preneur reste en jouissance de la chose louée, au su du bailleur et sans opposition de sa part, le bail, à moins de convention contraire, continue ses effets pendant une année* (cfr. art. 291); *après cette première année, pendant une seconde, et ainsi de suite, jusqu'à ce que, par suite d'un congé donné six mois à l'avance, le bail soit résilié pour la fin de l'année de location courante,* — et non point pour la St-Martin prochaine, comme dans l'espèce de l'art. 309. Tandis que, dans le bail à loyer, la tacite reconduction a pour effet de renouveler le contrat pour un temps indéterminé, dans le bail à ferme, elle le renouvelle toujours pour une année, quelle qu'ait été la durée originaire du contrat. Ainsi un bail de neuf ans a été conclu; si, à la fin de la neuvième année, le preneur reste en jouissance sans opposition de la part du bailleur, son bail est renouvelé pour une nouvelle année à partir de ce moment. Et il en serait de même si le bail primitif avait été d'une, deux, trois années, etc. Mais, pour que la tacite reconduction cesse de produire ses effets au bout d'un an, il faut que le congé soit donné six mois avant l'expiration de l'année de bail; sinon, le contrat est renouvelé pour une seconde année et ainsi de suite.

412. 4° Par l'*aliénation volontaire ou forcée de la chose louée.* Nous renvoyons pour les détails à l'art. 281 et nous nous bornons à transcrire le texte de l'art. 314 qui en est, à quelques mots près, la reproduction textuelle : *Si, pendant la durée du bail, le bailleur aliène la chose louée, ou qu'elle lui soit enlevée par suite d'exécution forcée, de saisie ou de faillite, le preneur n'a pas le droit d'exiger du tiers acquéreur la continuation du bail, à moins que celui-ci ne s'y soit obligé ; il peut seulement exiger du bailleur l'exécution du contrat ou, à défaut, des dommages et intérêts. — Toutefois, à moins que le contrat ne permette de résilier le bail plus tôt, le nouvel acquéreur doit observer, en donnant le congé, le délai de six mois presrrit à l'article 309. — La réserve mentionnée à l'article 281, alinéa 3, s'applique également au bail à ferme.* Le délai de six mois se calcule-t-il en considération de la St-Martin, pour le bail des biens ruraux ? Oui, sans doute, car il eût été inutile de renvoyer à l'art. 309, si les deux espèces n'étaient régies uniformément qu'en ce qui concerne la durée du délai du congé. Quant au chiffre de l'indemnité, il sera déterminé en vertu, non de l'art. 310, mais de l'art. 116, d'après la nou-

velle jurisprudence du Tribunal fédéral[1]. Voir, pour toutes les questions se rattachant à l'interprétation de l'art. 314, ce que nous avons exposé sous n° 388.

413. 5° Par la *faillite du fermier*. La faillite du preneur a des conséquences aussi rigoureuses dans le bail à ferme que dans le bail à loyer (cfr. art. 288). *En cas de faillite du fermier*[2], nous apprend l'art. 315, *le bail prend fin au moment de l'ouverture de la faillite* (cfr. art. 175 et 211 L. P.). *Sont applicables, dans ce cas, les dispositions de l'article 312, alinéa 3. Toutefois, si des sûretés suffisantes sont données au bailleur pour le loyer courant et pour le montant de l'inventaire* (cfr. art. 299), *le bailleur est tenu de laisser subsister le bail jusqu'à la fin de l'année de location*, — et non pas jusqu'à la fin du temps fixé dans le contrat. En principe, la faillite du fermier produit de plein droit la résiliation du bail. Le propriétaire est-il fondé à réclamer des dommages et intérêts qu'il ferait valoir dans la masse de son fermier ? Nous répondons affirmativement à cette question, comme ad art. 96, et comme dans le cas du bail à loyer ou dans l'hypothèse de l'art. 312. Il est vrai que les art. 312 et 315 ne disent rien à ce sujet, mais il semble rationnel d'appliquer par analogie l'art. 287, al. 3 (cfr. d'ailleurs art. 124[3]). On ne saurait prétendre que le bailleur soit suffisamment indemnisé en vertu de l'art. 312, al. 3, qui ne concerne, au reste, que les baux de biens ruraux, et non pas ceux de droits productifs. Rappelons encore que les sûretés fournies n'autorisent le preneur qu'à exiger la continuation du bail jusqu'à la fin de l'année courante.

414. 6° Par suite de *circonstances graves*, dans le sens de l'art. 292 reproduit presque mot à mot par l'art. 310 : *Si le bail est fait pour un certain nombre d'années* (donc au moins deux), *et qu'il survienne des circonstances graves* (fermage excessif[4], par exemple ; voir n° 390) *qui en rendent la continuation intolérable à l'une des parties, celle-ci peut donner congé avant l'expiration du temps convenu, à charge par elle d'observer le délai de six mois prescrit à l'article 309* (voir n° 412) *et d'offrir à l'autre partie un dédommagement complet. — Si les parties ne peuvent s'accorder sur la nature ou sur l'importance de ce dédommage-*

[1] *A. T. F.* XXVIII², 279 et s.

[2] *A. T. F.* XXIX², 669 et s.

[3] *Haberstich*, II, 82, et *A. T. F.* XXI, 221, se prononcent en *sens contraire* ; voir ad art. 96.

[4] *R. j. f.* III, 218. Cfr. *A. T. F.* XV, 377 ; *J. d. T.* XLII, 628 (dans le bail à ferme, des relations tendues entre les parties ne sont pas, en principe, des « circonstances graves » au sens de la loi).

ment, le juge prononce. Dans tous les cas, l'indemnité ne peut être inférieure au fermage d'UNE ANNÉE (cfr. en outre art. 116 applicable en principe[1]). — *Le fermier ne peut être contraint de délaisser la chose louée tant que l'indemnité ne lui est pas payée*, — tandis que le bailleur n'a, du chef de l'indemnité de résiliation, qu'une créance ordinaire non garantie par le droit de rétention de l'art. 294. L'art. 310, al. 3, ne peut, au surplus, pas être invoqué par tout fermier qui aurait des réclamations à former contre le bailleur, mais uniquement par le fermier à l'encontre duquel le bailleur a résilié par suite de circonstances graves et auquel des dommages et intérêts sont dus pour ce motif[2].

415. 7° Par la *mort du fermier* (cfr. art. 293). L'art. 316 est ainsi conçu : *En cas de mort du fermier, ses héritiers et le bailleur ont respectivement le droit de donner congé en observant le délai prescrit à l'article 309.* Il n'y a pas lieu à indemnité dans cette éventualité, ainsi que nous l'avons montré ad art. 293. Le renvoi à l'art. 309 indique, au demeurant, que, sauf convention spéciale sur ce point ou usage contraire, le bail ne peut, en cas de mort du fermier, être résilié que moyennant un congé donné six mois à l'avance, et que pour St-Martin, s'il s'agit d'un bien rural[3]. Si le décès du fermier se produit pendant le délai de six mois, le droit de résilier est conservé en ce sens qu'on peut encore le faire valoir pour le terme suivant ou la St-Martin suivante la plus prochaine. Mais l'art. 316 ne règle pas la question de l'influence, sur la continuation du bail, de la *mort du bailleur* ; ses héritiers le représenteront et devront exécuter le contrat. S'il s'agissait de la mort d'un bailleur-usufruitier, on appliquerait le droit cantonal et le droit fédéral dans la mesure où ils régissent l'un la matière de l'usufruit, l'autre celle du bail. En particulier, ainsi que l'a jugé le Tribunal fédéral[4], dans le cas du décès de l'usufruitier, il y a lieu à un avertissement dans le sens de l'art. 314, aux termes duquel le nouvel acquéreur, en cas d'aliénation de la chose affermée par le propriétaire, est tenu d'observer, pour le congé à donner au preneur, le délai de l'art. 309. Effectivement, il n'existe point de motif pour ne pas assimiler, sur ce point, l'extinction du droit d'usufruit remis à bail, à l'extinction du bail par suite de l'aliénation de la *res locata*.

8° Par suite de l'*inexécution des obligations des parties* (voir les art. 122, 277, 278 (297), 303, 304, 312, 313 expliqués précédemment).

[1] *R. j.* VI, 187 et s. (arrêt du T. F., du 18 Mai 1887).
[2] *R. j. f.* IV, 141.
[3] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVII, 156.
[4] *A. T. F.* XVIII, 105.

SECTION SIXIÈME

Du cheptel.

416. Le *cheptel* n'est autre chose que le troupeau ou fonds de bétail, que le propriétaire confie à un tiers, pour le garder, le nourrir et le soigner pendant un certain temps, sous les conditions convenues entre parties. Le Code Napoléon, par exemple, traite de plusieurs espèces de cheptel : le *cheptel simple* (art. 1804 à 1817, les art. 1800 à 1803 renfermant des dispositions générales), le *cheptel à moitié* (art. 1818 à 1820), le *cheptel donné par le propriétaire à son fermier ou colon partiaire* (art. 1821 à 1830) et enfin le *contrat improprement appelé cheptel* de l'art. 1831. Les législations civiles de la Suisse romande ont généralement reproduit, avec des modifications plus ou moins importantes, les règles du droit français sur cette matière[1].

417. Le Code fédéral réserve comme suit, à l'art. 320, les dispositions du droit cantonal relatives au cheptel : *Le cheptel, sous ses diverses formes, lorsqu'il ne se rattache pas à un bail à ferme, reste soumis au droit cantonal et à l'usage des lieux.* Il résulte de ce texte que les variétés du cheptel qui se rattachent au bail à ferme de biens ruraux, sont régies par la législation fédérale : c'est le cas, en particulier, pour le *cheptel de fer* et le *cheptel donné au colon partiaire* (cfr. art. 299 *in fine*), tandis que les autres espèces de cheptel, notamment celles prévues aux art. 1804 à 1817, 1818 à 1820 et 1831 C. civ. fr., restent soumises au droit cantonal. Le « cheptel de fer », dont il est bon de dire un mot en passant (C. civ. fr. art. 1821) est celui par lequel le propriétaire d'une métairie la donne à ferme à la charge, qu'à l'expiration du bail, le fermier laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il a reçus. Tous les profits, s'il n'y a convention contraire, appartiennent au fermier pendant la durée du bail ; il avait les risques, en droit français, mais il en est autrement chez nous, aux termes de l'art. 296 C. O. d'après lequel le fermier continue à faire siens les produits du troupeau et n'est tenu des risques qu'en conformité de ce que nous avons expliqué ad art. 307 et 318 ; la preuve d'un cas fortuit le libère de la restitution des objets perdus ou détruits. Les mêmes principes s'appliquent au « cheptel donné au colon partiaire » (C. civ. fr. art. 1827 à 1830) ; la perte totale ou

[1] Voir notre *Manuel du droit civil de la Suisse romande*, 441 à 445, et *Huber*, System des schw. P. R. III, 740 et s.

partielle du cheptel est à la charge du bailleur, si le preneur établit le cas fortuit (cfr. art. 317 et 318 C. O.).

418. Le cheptel est d'un usage très répandu en Suisse, dans les contrées où l'élève du bétail est la principale ressource des habitants. On le connaît surtout sous le nom d'*alpage*; et les codes civils vaudois (art. 1315) et neuchâtelois (1455) prescrivaient déjà, à ce propos : « Le bailleur est tenu de la perte, à moins qu'elle n'ait été précédée de quelque faute du preneur, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée ; auquel cas, la perte est à la charge du preneur ». Le Code civil fribourgeois ajoute (art. 1688 et s.) que « la durée ordinaire du louage pour l'alpage est de 140 jours » et il renferme une série de dispositions spéciales.

L'« alpage » se cumule presque toujours avec le bail à ferme, en sorte qu'il y aura lieu de s'en tenir à l'art. 320 de notre Code.

TITRE NEUVIÈME

DU PRÊT A USAGE OU COMMODAT

CHAPITRE PREMIER

Historique et généralités.

419. On distinguait, dans l'ancien droit romain, le prêt à usage proprement dit, le *commodatum*, d'un contrat analogue, le *precarium*. Dans le commodat, le prêteur ne peut pas exiger la restitution de la chose avant l'expiration du temps expressément ou tacitement accordé à l'emprunteur pour s'en servir. Dans le précaire, au contraire, le prêteur a la faculté de reprendre, à sa discrétion, la chose à l'emprunteur. Notre loi ne fait plus cette distinction, et le précaire rentre dans la désignation générale de « prêt à usage » (voir cependant art. 327).

420. En droit romain comme en droit français, le prêt est un contrat par lequel l'une des parties (le prêteur) remet à l'autre (l'emprunteur) une chose en l'autorisant à en faire usage, mais en lui imposant la charge de la rendre à l'expiration du temps convenu. Le contrat est ici à la fois un contrat réel et unilatéral. Il est réel en ce qu'il ne devient parfait que par la prestation de la chose, et ce caractère de réalité est bien accentué puisque l'obligation essentielle qu'engendre le contrat est de restituer et qu'on ne saurait restituer avant d'avoir reçu ; le mot « prêt » vient d'ailleurs de *præstare*, qui signifie procurer, fournir. Il est unilatéral par le fait qu'il ne produit d'obligation que d'un seul côté, l'obligation de restituer, le prêteur n'en contractant lui-même aucune et se bornant à accomplir un acte, à savoir la remise de l'objet de la convention à l'emprunteur. Les rédacteurs de notre Code ont changé tout cela (cfr. art.

321 et 329) et donné au prêt, à certains égards, le caractère d'un contrat *synallagmatique et consensuel*, en disant dans leur définition : « le prêteur *s'oblige* à livrer... ou à transférer la propriété », tandis qu'en droit français le contrat n'existe que par la livraison. En réalité, et dans la pratique, le contrat se formera ainsi : l'emprunteur reconnaîtra avoir reçu telle chose et s'obligera à la rendre; le contrat sera dès lors unilatéral, en ce qu'il n'imposera d'obligations qu'à l'emprunteur, mais il sera consensuel s'il est passé dans les termes des art. 321 ou 329.

421. Le mode d'exécution du contrat de prêt varie et nous avons deux espèces de prêt : le *prêt à usage* des art. 321 à 328 et le *prêt de consommation* des art. 329 à 337. Le prêt à usage s'applique en général aux choses dont l'usage n'altère point la substance; l'emprunteur s'en sert dans un but déterminé et les restitue ensuite individuellement, — il est débiteur d'un corps certain dont le prêteur reste propriétaire. Le prêt de consommation est celui où il est entendu que l'emprunteur peut faire de la chose un usage définitif, la consommer; partant, il en acquiert la propriété et doit restituer, non pas la chose même qu'il a reçue, mais une chose semblable. C'est la volonté des contractants qui détermine la nature du prêt; cette volonté, si elle n'est pas clairement exprimée, s'induira en somme du caractère de fongibilité ou de non-fongibilité de la chose, c'est-à-dire qu'il faudra se demander si, d'après l'intention des parties, la chose peut, ou non, être exactement et identiquement remplacée par d'autres semblables. En résumé, le *commodat a essentiellement pour objet des choses non fongibles*, le *prêt de consommation, ou simple prêt, des choses fongibles*. Il ne faut pas confondre les choses fongibles (comme on l'a fait à l'art. 1874 du C. civ. fr.), qui se considèrent au point de vue de leur espèce plutôt qu'à celui de leur individu, avec les choses consomptibles, car il se peut que les parties donnent à un prêt de choses non consomptibles le caractère d'un prêt de consommation, et vice versa. Ainsi un négociant qui n'a pas tel objet, un outil par exemple, dans son magasin, l'emprunte à son collègue pour satisfaire un client; c'est un prêt de consommation, bien que l'outil soit une chose non consomptible : en effet, la volonté des parties a été sans aucun doute que l'emprunteur restituerait non pas l'outil même qui avait été livré, mais un outil pareil; nous aurons encore la même solution, toutes les fois qu'il sera convenu que l'emprunteur pourra aliéner l'objet du prêt. D'un autre côté, le commodat peut *exceptionnellement* porter sur des choses consomptibles : ainsi un négociant emprunte, à titre d'échantillon, un sac de café, ou des denrées alimentaires, pour les exposer un jour ou deux dans sa vitrine, à charge de restituer identiquement les mêmes espèces ; il peut aussi, mais très exceptionnellemet, avoir pour objet des choses fongibles, par exemple

des *papiers-valeurs*, lorsque les titres prêtés eux-mêmes devront être restitués.

La question de savoir s'il y a, dans tel cas particulier, prêt à usage ou de consommation n'est pas sans importance quant aux risques. L'emprunteur ne devenant pas propriétaire dans le prêt à usage, il ne supporte pas les risques de la chose prêtée, si ce n'est dans les termes de l'art. 322, al. 2. Dans le prêt de consommation, au contraire, l'emprunteur devient propriétaire et *res perit domino*.

422. On pourra encore rechercher, dans mainte circonstance, s'il y a commodat ou bail à loyer ; c'est, dans le doute, le caractère de gratuité ou de non-gratuité du contrat[1] qui sera décisif, avec aussi la nature de son objet et son but.

CHAPITRE II

Nature du prêt à usage.

423. Nous avons déjà empiété sur cette question dans le précédent chapitre. *Le prêt à usage ou commodat,* dit l'art. 321, *est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à livrer une chose* — lui appartenant, ou même appartenant à autrui — *à l'emprunteur pour s'en servir gratuitement, à charge par l'emprunteur de la lui rendre après s'en être servi.* L'emprunteur, nous l'avons vu, n'acquiert de droit sur la chose que par la livraison qui n'est pas, comme en droit français, la condition *sine qua non* de la formation du contrat. Le contrat est parfait dès que le consentement des parties s'est manifesté en conformité de l'art. 1, dès que l'une s'est engagée à livrer, l'autre à restituer. Une fois la livraison opérée, l'emprunteur devient débiteur d'un corps certain, qu'il doit rendre dans son identique individualité. Mais le prêteur ne peut exiger la restitution de sa chose avant l'expiration du temps accordé à l'emprunteur pour s'en servir ; ce temps est déterminé expressément ou se détermine d'après les circonstances. Toutes les choses, même les choses consomptibles, quand elles ont cessé d'être des choses fongibles, les meubles comme les immeubles[2], peuvent faire l'objet

[1] *H. E.* VI, 32. Voir également *R. j. f.* III, 216 (vente ou commodat ?).

[2] On a supprimé une disposition des projets, portant que le prêt d'immeubles devait être régi par le droit cantonal.

d'un commodat. Je puis donc prêter mon cheval, ou ma montre, ou ma cave, ou même des denrées ou de l'argent à un voisin, et conclure avec lui, de ce chef, un contrat de prêt à usage. Toutefois, il est un caractère spécial à ce contrat et dont nous n'avons encore parlé qu'incidemment : c'est sa *gratuité*. Le commodat est essentiellement gratuit. Au surplus, il n'est pas nécessaire que le prêteur soit propriétaire de la chose prêtée ; il peut n'en être que le locataire, ou l'usufruitier. L'emprunteur n'est qu'un possesseur précaire. Nous voyons à l'art. 1879 du C. civ. fr. que les engagements dérivant du commodat passent aux héritiers des parties, mais que les héritiers de l'emprunteur ne peuvent continuer de jouir si l'on n'a prêté qu'en considération de la personne de ce dernier. En droit fédéral, le décès du prêteur est sans influence sur le contrat, mais l'art. 328 de notre Code range parmi les causes d'extinction du commodat, la *mort de l'emprunteur*, car c'est un contrat que le législateur tient pour fait en considération de la personne du commodant.

424. Toutes les dispositions de notre titre découlent de la nature même du contrat de prêt à usage, et spécialement, de son caractère de gratuité.

CHAPITRE III

Des droits et obligations des parties.

425. L'emprunteur est tenu de trois obligations principales : 1° il doit veiller en bon père de famille à la garde et à la conservation de la chose prêtée ; 2° il ne peut se servir de la chose que pendant le temps convenu et pour l'usage déterminé expressément ou tacitement entre parties ; 3° il doit restituer la chose après s'en être servi, ou à l'expiration du temps fixé.

426. Le commodataire est tenu de se servir de la chose prêtée en bon père de famille (v. art. 113) ; il n'en peut donc faire que l'usage convenu ou que celui indiqué par les circonstances. Cette obligation a pour corollaire la suivante : *L'emprunteur*, dit l'art. 323, *supporte les frais d'entretien ordinaires, notamment les frais de nourriture des animaux prêtés. Mais il peut répéter les dépenses extraordinaires auxquelles il a été obligé dans l'intérêt du prêteur.*

Le commodat est un contrat de bienfaisance de la part du prêteur envers l'emprunteur; il ne l'est pas de l'emprunteur envers le prêteur. Celui-ci est obligé de rembourser, non pas sans doute les dépenses faites pour l'entretien de la chose et pour son appropriation à l'usage auquel l'emprunteur l'a destinée, mais toutes les dépenses *urgentes* commandées par l'intérêt du prêteur et la conservation de la chose. Des dépenses urgentes seraient celles, par exemple, que l'emprunteur a dû supporter, pour avoir appelé un vétérinaire chargé de soigner le cheval qu'on lui avait prêté, etc. Il est tenu de sa faute légère *in abstracto*; cfr. art. 113.

427. L'emprunteur ne peut se servir de la chose que pendant le temps convenu, ou que jusqu'à l'expiration du temps pendant lequel il pouvait s'en servir; il peut même être contraint à restituer dès la première réclamation du prêteur, quand le commodat n'a été fait ni pour un temps déterminé, ni dans un certain but (voir plus loin, art. 323 à 327). D'autre part, l'art. 322 dispose : *L'emprunteur ne peut employer la chose prêtée qu'à l'usage déterminé par le contrat, ou à ce défaut, par la nature de la chose ou sa destination* (al. 1). Quand la convention sera expresse, il sera facile de vérifier si l'emprunteur n'excède pas son droit d'usage. La convention tacite est révélée par la « nature de la chose » ou sa « destination ». Si, par exemple, je vous prête un cheval de selle, vous avez le droit de le monter, non de l'atteler, à moins d'y être formellement autorisé. Si je prête à un ami une chambre dans ma maison, lui seul pourra l'occuper; si je la prête à un hôtelier dont l'hôtel est encombré, l'emprunteur pourra y placer le premier voyageur venu. Les tribunaux ont, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation. *Il* (l'emprunteur) *n'a pas le droit d'autoriser un tiers à s'en servir* (al. 2), — à moins que ce droit ne lui ait été concédé ou ne résulte des circonstances, comme dans l'exemple cité en dernier lieu. La sanction de ces obligations est la suivante : *L'emprunteur qui enfreint ces règles répond même du cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que la chose eût été atteinte également, s'il les avait observées* (al. 3). En principe, les risques demeurent au prêteur, qui est propriétaire de la chose. Ils passent exceptionnellement à l'emprunteur, lorsqu'il contrevient à son obligation de jouir de la chose prêtée, par lui-même et dans la mesure convenue expressément ou tacitement; il peut toutefois s'affranchir des suites du cas fortuit, s'il établit que la chose eût été atteinte, même dans l'éventualité où il n'en aurait pas abusé. Exemple : Je prête mon cheval de selle à mon ami X. Ce dernier, au lieu de l'employer à l'usage pour lequel il a été prêté, le fait courir à Yverdon ou ailleurs ; le cheval s'abat en courant, se blesse ou se couronne ; l'emprunteur me doit des dommages et intérêts, car il a manqué à ses obligations, et il ne pourra prouver que mon cheval se fût abattu, ou couronné, ou blessé, si l'on s'en

était servi dans les limites convenues. Je prête à X. mon cheval de selle; X. l'emploie à des charrois; mon cheval périt; X. pourra s'exonérer de toute responsabilité s'il fournit la preuve que l'animal prêté a péri des suites d'une maladie, qui l'eût tué tout aussi bien si on l'avait monté que si on l'avait attelé. En droit français, nous trouvons les mêmes règles, formulées autrement : toute contravention entraîne des dommages et intérêts, « s'il y a lieu » (art. 1880 C. civ.), c'est-à-dire si l'usage anti-contractuel a causé un préjudice au prêteur. Le droit romain et l'ancien droit français allaient plus loin : le commodataire qui abusait de la chose prêtée, se rendait coupable d'un vol d'usage, d'un *furtum usus*. Voir art. 326 ci-après.

428. L'emprunteur doit restituer la chose après s'en être servi, ou à l'expiration du temps fixé (voir art. 325, 327). L'action en restitution du prêteur se prescrit par dix ans. Cependant le commodataire peut être tenu de rendre la chose prêtée à usage avant l'une ou l'autre des époques dont il vient d'être question. *Le prêteur*, dit l'art. 326, *peut réclamer la chose* AVANT *l'expiration du contrat, si l'emprunteur en fait un usage contraire à la convention, s'il la détériore ou s'il autorise un tiers à s'en servir, ou, enfin, s'il survient au prêteur lui-même un besoin urgent et imprévu de la chose;* cfr. art. 325

Dans ces diverses circonstances, le commodat étant un contrat gratuit, le prêteur peut reprendre sa chose sans avertissement préalable, sans avoir à prouver l'existence d'un dommage, et, naturellement, sans indemnité. Le commodataire peut même être tenu à des dommages et intérêts, dans l'hypothèse de l'art. 322, al. 3, et en cas de détérioration.

429. Aux termes de l'art. 324 : *Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils en sont* SOLIDAIREMENT *responsables envers le prêteur.* Ceci signifie qu'ils sont solidairement responsables des conséquences d'un usage anti-contractuel, dans le sens de l'art. 322; cfr. art. 162 et s.

430. Le prêteur doit donc livrer (art. 321); il a les *risques* de la chose (sauf l'art. 322, al. 3), et il est tenu de rembourser les *dépenses extraordinaires* de l'emprunteur (art. 323).

CHAPITRE IV

Comment finit le prêt à usage.

431. Le prêt à usage finit :

1° par *la mort de l'emprunteur* (art. 328), puisqu'il est censé avoir été accordé en considération de la personne de ce dernier ;

2° par *l'expiration du temps convenu expressément ou tacitement* ; jusqu'alors, le prêteur ne doit apporter aucun obstacle à l'exercice du droit de l'emprunteur de faire usage de la chose (sauf l'art. 326). Si la durée du contrat a été déterminée conventionnellement, c'est au temps fixé que le prêt à usage s'éteint. Sinon l'art. 325 dispose : *Lorsque la durée du contrat n'a pas été fixée conventionnellement, le prêt à usage prend fin aussitôt que l'emprunteur a fait de la chose l'usage convenu, ou bien à l'expiration du temps dans lequel il pouvait le faire*. Ainsi, je vous prête un livre pour le lire, ma cuve pour faire cuver vos raisins, etc., je ne pourrai reprendre ces objets qu'après que vous vous en serez servi, ou aurez pu vous en servir, dans le but pour lequel ils vous ont été remis. Mais vous ne pouvez conserver mon livre indéfiniment sous le prétexte que vous ne l'auriez pas encore lu. L'art. 327 se réfère à l'espèce qu'on appelait *precarium* en droit romain : *Si le prêt n'a été fait ni pour un temps déterminé, ni dans un certain but, le prêteur est libre de réclamer la chose quand bon lui semble* (voir art. 86). Cette forme du commodat est soumise d'ailleurs aux règles générales exposées plus haut.

432. Nous avons vu, qu'à la fin du prêt à usage, le commodataire devait restituer la chose avec tous ses fruits, au prêteur. En cas de perte totale ou partielle, nous renvoyons à l'art. 322.

TITRE DIXIÈME

DU PRÊT DE CONSOMMATION OU SIMPLE PRÊT

433 En ce qui a trait aux observations générales que ce titre pourrait suggérer, nous rappelons que nous les avons présentées sous chapitre 1er du précédent titre. Notons encore que l'espèce courante du prêt de consommation est le prêt d'argent.

CHAPITRE PREMIER

De la nature de ce contrat.

434. Le prêt de consommation diffère du prêt à usage : 1° en ce qu'il a pour objet des choses fongibles ; 2° en ce qu'il n'est pas essentiellement gratuit, les parties pouvant stipuler un intérêt.

Au demeurant, la seule preuve que l'argent a été remis ne suffit pas pour établir l'existence d'un prêt de consommation ; il faudra démontrer en outre que l'intention des parties a bien été de s'obliger, l'une en qualité de prêteur, l'autre en qualité d'emprunteur[1]. Cette convention elle-même est définie comme suit à l'art. 329 : *Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer à l'emprunteur la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles, à charge par ce dernier de lui en rendre autant et de même espèce et qualité.* L'emprunteur n'acquiert de droit sur la chose que par la livraison, qui lui en trans-

[1] *A. T. F.* XX, 496 et s., XXI, 1170, XXIII, 685. — Cfr. *ibid.*, XIX, 335 (vente ou prêt ?), XXIX², 551 ; voir n° 435 *bis*.

fère la propriété. Par l'effet d'un prêt de consommation, l'emprunteur devient, mais dès le transfert seulement, propriétaire de la chose prêtée, et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte se produise. Le simple prêt a pour objet de l'argent ou d'autres objets fongibles, à restituer de même valeur, espèce et qualité. Je prête 100 litres de vin d'Arbois ; c'est 100 litres de vin de même provenance et qualité qui devront m'être rendus. Dans le prêt d'argent, le prêteur pourra ne pas recevoir exactement en quantité et qualité ce qu'il a donné. L'art. 333 dit effectivement : *Lorsque le prêt est d'une certaine somme d'argent et que l'emprunteur reçoit, au lieu de numéraire, du papier* [1] *ou des marchandises, la somme prêtée s'évalue d'après le cours ou le prix du marché, au temps et dans le lieu de la délivrance. — Toute convention contraire est nulle.*

Cette disposition a été évidemment prise contre l'usure. L'évaluation faite par les parties ne saurait être valablement opposée à l'emprunteur, qui ne sera jamais tenu de rendre que le prix du marché ou de la bourse.

Le *contractus mohatræ* proprement dit, par lequel le prêteur livre des marchandises à l'emprunteur pour que celui-ci les vende et en garde le prix à titre de prêt, ne tombe pas sous le coup de l'art. 333 ; cfr. cependant art. 83, al. 2, si ce contrat avait un caractère usuraire.

435. Il n'est pas nécessaire que le prêteur soit réellement propriétaire de la chose prêtée pour que le contrat soit valable. L'emprunteur de bonne foi en acquiert la propriété, alors même que celle-ci lui a été transférée *a non domino*, le tout sous réserve des dispositions de l'art. 206, et, si la chose prêtée a été consommée de bonne foi, sous réserve des art. 70 et s. L'emprunteur a-t-il reçu la chose de mauvaise foi, en sachant que le prêteur n'en était pas le véritable propriétaire, il est exposé (voir l'art. 207) à l'action en revendication du propriétaire, avec dommages et intérêts le cas échéant, si la chose n'est pas encore consommée ; si elle est déjà consommée, il doit au propriétaire la réparation du préjudice occasionné.

A d'autres égards, le prêteur doit absolument être capable de contracter, le prêt de consommation étant un acte d'aliénation, et

[1] Ce mot (cfr. art. 224, 430, 444, 485) est la traduction du terme allemand *Werthpapiere*, traduit tantôt par « papier », tantôt par « titres » ; dans le texte italien, *Werthpapiere* est rendu à l'art. 224 par *carte di credito*, à l'art. 333 par *carte-valori* et, à l'art. 485, par *carte di valore*. Il semble bien, qu'ici, le mot *Werthpapiere* soit l'équivalent, comme aux art. 430, 444, 485, de *titres endossables ou au porteur*, tandis que la question est plus que douteuse à l'art. 224 (voir n° 279) ; dans l'avant-projet du Code civil suisse, *Werthpapiere* a été traduit par : *papiers-valeurs* ; cfr. *Staub*, 705, § 7.

non de simple administration comme le prêt à usage. Si l'emprunteur n'a pas l'exercice des droits civils, on applique, quant à ses obligations, les art. 29 et s.

Enfin, le contrat formé d'après l'art. 329 n'autorise pas encore le prêteur à actionner en restitution ; il doit en première ligne prouver qu'il a livré la chose fongible faisant l'objet du prêt.

435 *bis*. C'est avec le *dépôt* — le dépôt irrégulier, art. 484, — qu'il sera le plus facile de confondre le prêt des art. 329 et s. Il va sans dire que ce n'est pas le mot qu'auront employé les parties qui sera décisif, mais leur intention et le but de leur contrat. La plupart du temps, on en sera réduit à apprécier les circonstances dans lesquelles s'est faite la convention et l'on tiendra, en général, pour un prêt, plutôt que pour un dépôt irrégulier, l'opération dans laquelle un taux relativement élevé de l'intérêt, ou un terme de remboursement plutôt éloigné, aura été stipulé [1]. Il se distingue de la *donation* en ce que la remise des fonds a lieu à charge de restitution [2].

CHAPITRE II

Des obligations du prêteur.

436. Ainsi que nous l'avons exposé, le contrat de prêt de consommation n'a pas, dans notre loi, ce caractère éminemment unilatéral que lui attribuent la plupart des autres législations. L'art. 329 l'a défini, on s'en souvient, « *un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles* ». Si le prêteur ne satisfait pas à son obligation de livrer, que l'autre partie doit d'ailleurs établir d'une façon non équivoque [3], il peut y être contraint; mais l'action donnée dans

[1] *J. d. T.* XLII, 25 (un dépôt d'argent à terme et à intérêt est un prêt; si le contrat est censé renouvelable d'année en année, en cas de non retrait des fonds, la prescription ne court que dès le dernier renouvellement). — D'après la jurisprudence française, l'*escompte* n'est pas un prêt, mais la vente d'une créance à terme, tandis que la plupart des auteurs y voient un prêt sur gage; en revanche, les *avances sur titres* constituent de véritables prêts.

[2] *J. d. T.* XLII, 448, arrêt du T. F., du 21 Avril 1894 (l'*onus probandi* est à la charge de celui qui prétendrait qu'une somme d'argent lui a été remise à titre de donation, et non de prêt).

[3] *H. E.* V, 71.

ce but à l'emprunteur est soumise à une prescription de *six mois* à dater de la mise en demeure (art. 331 et 117). Cependant, comme le porte l'art. 332 : *Le prêteur peut, conformément à l'article 96, se refuser à livrer la chose promise, si, depuis la conclusion du contrat, l'emprunteur est tombé en faillite ou bien a suspendu ses paiements. — Il a même ce droit en cas de faillite ou de suspension de paiement antérieure au contrat, s'il n'en a eu connaissance qu'après s'être engagé.* Le renvoi à l'art. 96 nous montre que le prêteur n'est en droit de refuser la délivrance de la chose prêtée, en cas de faillite de l'emprunteur ou de suspension de paiement, que si une garantie ne lui est pas fournie pour l'exécution de l'obligation contractée à son profit. Le prêteur dira donc aux créanciers de son co-contractant, ou à ce dernier : il y a faillite ou suspension de paiement; je ne vous avancerai les fonds ou les choses dont je m'étais engagé à vous faire délivrance que si vous m'assurez convenablement contre toute éventualité de perte. Il est certain que si le prêteur connaissait, au moment du contrat, le fait de la faillite ou de la suspension de paiement, il ne pourrait se mettre au bénéfice de l'art. 332. En ce qui concerne l'action en *dommages et intérêts* du prêteur, la jurisprudence ne l'admettrait pas, tandis que nous l'accueillerions en principe (voir ad art. 96 et 310). Qu'une action de cette nature est refusée à l'emprunteur, dans le cas de l'art. 332, comme au locataire dans celui des art. 288 et 310, il est à peine besoin de le dire.

436 *bis*. Dans l'espèce de la *faillite du prêteur*, la masse de celui-ci peut se substituer à lui ; cfr. art. 211, alin. 2, L. P. Faute par la masse de s'exécuter, l'emprunteur pourra invoquer l'art. 116 et produire pour ses dommages et intérêts.

437. Comme le dit l'art. 1889 du C. civ. fr., le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées, avant le terme convenu, à moins que l'emprunteur ne tombe en faillite, circonstance qui rend exigibles les dettes du débiteur qui ne l'étaient point à cette époque.

438. Concernant le lieu et le temps de l'exécution de l'obligation de livrer, voir, à défaut de convention sur ce point, les art. 84 et s.

CHAPITRE III

Des obligations de l'emprunteur.

439. L'emprunteur a d'abord l'obligation d'accepter la chose. C'est ce qui ressort de l'art. 331 : *(Si le prêteur tarde à livrer la chose), ou l'emprunteur à l'accepter, le droit de l'autre partie de l'y contraindre se prescrit par* SIX MOIS *à dater de la mise en demeure*[1]. Les principes relatifs à la mise en demeure de l'emprunteur se trouvent exposés à l'art. 106. Si une prescription aussi courte que celle de l'art. 331 a été adoptée, c'est qu'il est dans la nature du prêt d'être exécuté sans retard, et l'on peut considérer tout retard comme un désistement de la part de celui qui ne poursuit pas l'exécution du contrat.

440. L'emprunteur est aussi tenu, en principe, de rendre au prêteur des choses égales en quantité et qualité à celles qu'il a reçues (art. 329), et ce au terme convenu[2]. Mais il peut être mis dans l'impossibilité de satisfaire à cette obligation. Qu'arrivera-t-il alors ? Supposons qu'un libraire prête à l'un de ses confrères cinquante exemplaires d'un ouvrage, à la condition d'en rendre un même nombre d'exemplaires, de la même édition, dans les trois mois. Nous avons évidemment ici un prêt de consommation. Mais si, au bout des trois mois, l'édition est épuisée, ou si elle a été confisquée ou détruite, il ne sera pas possible à l'emprunteur de restituer dans les conditions du contrat. Que devra-t-il ? D'après l'art. 1913 du C. civ. fr. « la valeur de la chose eu égard au temps et au lieu où la restitution devait être faite d'après la convention ». Cette solution ne paraît pas conforme à l'esprit de notre loi (voir art. 333), et c'est plutôt le temps et le lieu de la *délivrance* qui seront déterminants.

Le lieu et le temps de l'exécution sont fixés par le contrat ; sinon par les art. 84 et s., pour le prêteur, et, pour l'emprunteur, par

[1] *A. T. F.* XX, 1018.

[2] *R. j. f.* XI, 148 (un crédit ouvert *conjointement* à deux personnes est un prêt sans solidarité, et chacun des deux emprunteurs n'est tenu que pour moitié, même si les fonds ont été versés à un seul).

l'art. 84 en ce qui concerne le lieu, et, en ce qui a trait au temps. par l'art. 336 : *Si le contrat ne fixe ni terme de restitution, ni délai d'avertissement, et n'oblige pas à rendre la chose à première réquisition, l'emprunteur a six semaines pour la restituer, à compter de la première réclamation du prêteur*[1]. Cette disposition, qui déroge à l'art. 86, sera interprétée dans ce sens que l'emprunteur, pour être constitué en demeure après l'expiration du délai de six semaines, doit être interpellé par le prêteur (art. 117, al. 1, et 119 et s.). Mais l'avertissement, comme l'interpellation, peut avoir lieu sous quelque forme que ce soit, même verbalement. La prescription de l'action du prêteur — le délai est, d'ailleurs, de dix ans — commence à courir, dans ce cas, dès la fin des six semaines de l'art. 336 (art. 149 et 150). Cet art. 336 accorde, on le voit, une sorte de délai de grâce à l'emprunteur[2], ensorte que le prêteur qui tiendra à être remboursé à première réquisition, ne négligera pas de faire insérer une clause spéciale à cet effet dans le contrat de prêt ou de réserver expressément cette forme de remboursement, s'il n'y a pas d'écrit. Au surplus, le créancier seul est lié par l'article précité, puisqu'en vertu de l'art. 94[3], le débiteur a le droit « d'exécuter l'obligation, même avant l'échéance, à moins que l'intention contraire ne ressorte soit des clauses ou de la nature du contrat, soit des circonstances ». Le débiteur, l'emprunteur, peut donc toujours se libérer par anticipation ; au contraire, le prêteur ne peut redemander les choses prêtées avant l'expiration du temps établi par la convention ou par la loi. Un remboursement par acomptes peut être stipulé, au demeurant ; on peut convenir aussi que la dette sera exigible si les intérêts ou les acomptes ne sont pas ponctuellement acquittés, etc.

441. Dans certaines circonstances, l'emprunteur est tenu en outre de *payer des intérêts*, quoique l'intérêt ne soit pas de l'essence du prêt de consommation, du moins en matière civile. L'art. 330 dispose à ce sujet : *En matière non commerciale, le prêteur ne peut réclamer des intérêts qu'en vertu d'une clause expresse du contrat ; en matière commerciale, il en est dû de plein droit*[4] (cfr. art. 83, 103, 129, 337). L'intérêt n'est autre chose que le profit

[1] *H. E.* XIII, 294 (cette réclamation peut avoir lieu en tout temps) ; cfr. *Sem. jud.* 1894, 392.

[2] *A. T. F.* XXI, 437 et s.

[3] *Haberstich* (II, 102) estime à tort, selon nous, que l'art. 336 ne permet guère d'appliquer l'art. 94 en matière de prêt de consommation. Mais une dérogation aussi importante aux principes généraux aurait certainement été formulée, si elle avait dû l'être. Notre loi se borne à accorder un délai de grâce fixe au débiteur, au lieu de laisser déterminer ce délai par le juge, comme en droit français (C. civ. art. 1900) ; elle ne modifie en rien la présomption de l'art. 94.

[4] *R. O. H. G.* XX, 69, XXI, 320, XXV, 257 ; cfr. C. com. al., 290, al. 2.

stipulé ou retiré par le prêteur comme prix de la jouissance, par l'emprunteur, de la chose prêtée. S'inspirant du droit canonique, l'ancien droit français prohibait le prêt à intérêt, qu'un décret des 3 12 Octobre 1789 rendit licite. Le Code Napoléon, en son art. 1905, adopta les principes de la législation intermédiaire, en décidant : « Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières ». Les premiers projets du C. O. allaient beaucoup plus loin et consacraient la règle que le prêt portait intérêt de plein droit, même entre non-commerçants. On a choisi un moyen terme : dans les prêts civils, l'intérêt n'est dû que s'il a été stipulé ; il est dû de plein droit dans les prêts commerciaux. Nous renvoyons, du reste, à l'art. 119 pour les intérêts moratoires, à l'art. 147 pour la prescription des intérêts et à l'art. 335 pour les intérêts composés.

442. Le taux de l'intérêt, c'est-à-dire le rapport entre l'intérêt annuel et le capital, est régi par l'art. 334 : *Si le contrat n'a pas fixé le taux de l'intérêt* (v. art. 83 et 337), *le prêt est censé fait au taux usuel pour les prêts de même nature, au temps et dans le lieu où l'emprunt a été conclu*[1]. Le taux usuel supplée en conséquence celui de la convention, si bien que le taux légal de l'art. 83 (5 %) n'est obligatoire qu'à défaut de stipulation expresse ou d'usage contraire. Le droit fédéral ne fixe pas le maximum du taux de l'intérêt conventionnel, mais il laisse à la législation cantonale la faculté d'édicter des dispositions contre l'usure (voir, sur ce point, loi *zurichoise* du 21 Mai 1882, loi *bernoise* du 26 Février 1888, etc.). On a beaucoup discuté la question de la moralité et de l'efficacité des restrictions dont il conviendrait d'entourer le principe de la liberté du taux de l'intérêt. Nous ne reprendrons pas cette discussion ; nous constaterons seulement que le courant est un peu partout à la répression de l'usure.

443. Relativement aux *intérêts des intérêts*, nous avions déjà la règle générale de l'art. 120. L'art. 335 dit en outre : *On ne peut convenir d'avance que les intérêts s'ajouteront au capital et produiront eux-mêmes des intérêts*[2] (al. 1), — cela sous peine de nullité. Une stipulation *ultérieure* portant que les intérêts *échus*[3] s'ajouteront au capital et seront eux-mêmes productifs d'intérêts, n'est, en revanche, nullement interdite. Et les cantons n'auraient pas le droit de proscrire directement ou indirectement une convention de ce genre (cfr. art. 120, qui permet au créancier de réclamer, dès le jour de la poursuite, des intérêts moratoires pour le montant

[1] *Zeitsch. des bern. J.* V. XX, 417 et s.
[2] *R. O. H. G.* X, 212, XXIV, 388, etc.
[3] *R. j. f.* IX, 57.

d'intérêts arriérés). La prohibition du 1er al. de l'art. 335 n'est pas même absolue : *Toutefois, cette prohibition ne s'applique pas au cas où, conformément aux règles du commerce, il est d'usage de compter les intérêts des intérêts, par exemple en matière de comptes courants et autres opérations analogues (caisses d'épargne, de rentes, etc.)* (al. 2)[1]. Mais ces intérêts capitalisés perdent leur caractère d'intérêts ; on ne peut admettre effectivement, qu'ils soient tantôt des intérêts, tantôt du capital, suivant l'avantage que les banquiers peuvent avoir à les considérer à tel ou tel point de vue.

CHAPITRE IV

Comment finit le prêt de consommation.

444. Le contrat de prêt finit :

1° *par l'expiration du terme*, s'il en a été fixé un, ou par l'expiration du délai d'avertissement, si le prêt n'est remboursable que moyennant préalable avertissement ;

2° *à partir de la demande*, si le prêt a été stipulé remboursable à première réquisition ;

3° dans *les six semaines à compter de la demande*, lorsque le prêt a été fait dans les circonstances prévues à l'art. 336.

444 *bis*. En vertu de l'art. 102, le débiteur qui paie a le droit « d'exiger une quittance, et, si la dette est éteinte intégralement, la remise ou *l'annulation* du titre ».

---

[1] *H. E.* IV, 303 ; cfr. *A. T. F.* XIX, 526, XXIII, 707 et s. (la reconnaissance d'un extrait de compte courant constitue une reconnaissance de dette formelle, sauf la preuve d'un vice du consentement), et *Zeitsch. des bern. J.* V. XXVIII, 539. — L'art. 335, alin. 2, est mal traduit ; il devrait s'énoncer ainsi : « Demeurent réservées les règles du commerce pour le calcul des intérêts composés dans les comptes courants, et les usages établis pour les opérations analogues des caisses d'épargne, de rentes, etc. ».

CHAPITRE V

Matières réservées au droit cantonal.

445. L'art. 337 dispose : *Il n'est pas dérogé aux dispositions du droit cantonal sur les prêts hypothécaires et sur le maximum du taux* (cfr. art. 334) *de l'intérêt licite en cette matière.* Nous nous sommes expliqué précédemment sur la portée d'une semblable réserve. Contrairement à la jurisprudence [1], il est permis de douter que l'art. 120 emporte, malgré l'art. 337, abrogation des prescriptions du droit cantonal sur les effets du retard dans le paiement des intérêts et la faculté de réclamer des intérêts moratoires de ce chef en matière de prêts hypothécaires.

[1] *H. E.* IV, 31 ; *cfr.* *A. T. F.* XVI, 399.

TITRE ONZIÈME

DU LOUAGE DE SERVICES[1]

CHAPITRE PREMIER

Définition et caractères de ce contrat.

446. L'importance économique et sociale de ce contrat est telle. qu'il est regrettable que notre Code ait traité aussi sommairement la matière du louage de services. On a compris, en Allemagne. que notre législation sur ce point était un modèle à ne pas imiter. Alors que le premier projet de Code civil pour l'Empire ne consacrait que huit articles au louage de services, le Code civil lui-même en compte vingt (art. 611 à 630) sur cet objet. Nous verrons. au surplus, sous n° 447, que toute une législation spéciale est venue se greffer sur notre titre onzième. Constatons enfin que le *contrat d'apprentissage*[2] n'est pas soumis, dans notre droit fédéral. à des dispositions particulières; il est régi par les art. 338 et s.. quelque insuffisants que soient ces textes, notamment à cet égard. et quoique nous ne soyons pas en présence ici d'un véritable louage de services, l'*essentiale negotii* étant l'instruction professionnelle donnée à l'apprenti par le maître.

446 *bis*. Il y a lieu d'attirer encore l'attention sur la question suivante. Nous avions adopté, dans notre première édition, la ter-

[1] *Schneider et Fick*, 526 et s. *Hafner*, 175 et s. *M. Thalberg*: Der Dienstvertrag nach schw. O. R., in-8°, Zurich 1899. *Zeitsch. f. schw. R.*, XXI, n. s., 507 et s., 612 et s. (rapport de M. le prof. Lotmar, co-rapport de M. G. de Weiss. à l'ass. des juristes suisses de 1902), et XXIII, 295 et s. *J. d. T.* LI, 113 et s. (arrêt du T. F., du 15 Nov. 1902).

[2] *J. d. T.* XXXVI, 252; cfr. *Hafner*, ad art. 338.

minologie usuelle qui, d'Ulpien, a passé dans les œuvres de Cujas, de Domat et de Pothier, puis, dans les modernes législation, doctrine et jurisprudence françaises. En conséquence, nous appelions locataire, celui qui loue ses services, et nous désignions l'autre partie sous les noms de maître ou d'employeur. Mais Marcadé déjà et la plupart des nouveaux commentateurs du Code Napoléon se sont élevés contre l'ancienne terminologie. Avec raison. De même que, dans le louage des choses, le *locateur* est celui qui fournit — qui donne à louage — ce qui lui appartient, et le *locataire* celui qui profite de cette prestation contre paiement d'un prix, de même, dans le louage de services, c'est le domestique, l'ouvrier, le commis, l'employé, etc., qui est le *locateur*, tandis que le maître est le *locataire*, car il n'y a pas de louage *sine mercede* et le locataire est nécessairement celui qui paie[1].

447. Le Code fédéral des obligations est une loi de démocratie. Il ne distingue plus comme le droit commun, le Code civil zurichois, la jurisprudence française, entre les services d'ordre inférieur, les *operae illiberales quæ locari solent*, et ceux d'un ordre supérieur rétribués par des honoraires ; cfr. art. 611 C. civ. all. Tous les services non gratuits, qu'ils soient loués par un domestique ou un médecin, par un ouvrier ou un précepteur, sont soumis aux mêmes prescriptions légales des art. 338 et suiv. (voir, en outre, art. 348, d'ailleurs superflu). Mais, dit l'art. 349 : *Elles* (les dispositions des art. 338 et s.) *ne dérogent pas : 1° au droit public de la Confédération et des cantons, en ce qui concerne les employés et fonctionnaires publics*[2] *; 2° à la législation fédérale sur le travail dans les fabriques.* Relativement au chiffre 1 de l'article précité, nous avons la loi fédérale sur la responsabilité des fonctionnaires publics du 9 Décembre 1850 et diverses lois cantonales comme la loi bernoise du 19 Mai 1851, etc. ; demeurent réservées, en ce qui a trait au chiffre 2 du même article, la loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 Mars 1877 et les deux lois fédérales sur la responsabilité civile des fabricants des 25 Juin 1881 et 28 Avril 1887. Au contraire, toutes les dispositions du droit cantonal[3] sur le louage d'industrie sont abrogées, ou du moins n'ont plus de valeur, si ce n'est peut-être, et encore, comme droit coutumier

[1] *Marcadé*, Explication du Code Napoléon, 6me édit., VI, 423 et s.; *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, Du contrat de louage, II, 83; *Laurent*, XXV, n° 485.

[2] *A. T. F.* XII, 709; cfr. *Hafner*, 183. *A. T. F.* XX, 686 et s. (il est généralement admis en Suisse que la *perte d'un emploi public* avant la fin de la période de nomination, par suite d'une revision constitutionnelle, ne confère pas un droit à des dom. et intérêts); cfr. *ibid.*, XX, 243 et s.

[3] *H. E.* VI, 172 (la Cour d'appel de Zurich admet notre solution); *J. d. T.* XXXII, 434 (décision contraire du Trib. cantonal vaudois). Voir ad art. 340, ainsi que p. 15 et s. et n° 365.

en tant que les usages locaux sont réservés aux art. 342, 343, 344 et 346.

448. D'après l'art. 338 : *Le louage de services est un contrat* (personnel, art. 339, et non gratuit, art. 338, al. 2) *par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à certains services personnels, moyennant une rétribution. — Même à défaut de stipulation expresse, une rémunération est due par celui qui s'est fait promettre les services lorsque, eu égard aux circonstances, il ne pouvait les supposer gratuits*[1], — ce qui arrive dans la plupart des cas, pour un commis, un artiste dramatique, un rédacteur de journal, etc., et, ici, le défaut de salaire stipulé n'en permet pas moins au locateur de réclamer une rémunération. En revanche, les enfants qui travaillent chez leurs parents n'ont droit à aucun salaire, à moins qu'il n'en ait été convenu un ou qu'un contrat de louage de services n'ait été formellement passé entre parties[2].

Le louage de services ne doit pas être confondu avec le mandat[3]. En effet, ce dernier est gratuit de son essence (art. 392; voir cependant le 2me alinéa de cet article), l'autre est un contrat non gratuit de sa nature. D'autre part, celui qui loue ses services les loue *pour un certain temps*, déterminé ou indéterminé, tandis que le mandat est essentiellement révocable. On pourrait dire encore que le locateur se trouve en général dans un rapport plus ou moins étroit de dépendance ou de subordination envers l'autre partie, mais ce critère n'est pas suffisant en ce qu'il ne s'applique pas à toutes les variétés de louage de services. On se demandera aussi, le cas échéant, si l'on se trouve en présence d'un contrat des art. 338 et suiv., ou d'un louage d'ouvrage par suite de devis ou marché; la solution de la difficulté dépendra de la question de savoir si le locateur a promis ses services en vue de l'accomplissement de tel travail, ou s'il a promis de livrer un travail tout fait[4]. Il faudrait tenir pour un

[1] Voir, entre autres, *A. T. F.* XXX², 81, sur les théories imaginées au sujet de la rémunération tacitement convenue.

[2] *Zeitsch. des bern. J. V.* XX, 400. — *A. T. F.* XXIX², 267 et s. (un *mari en faillite*, travaillant dans le commerce de sa femme, n'a, en principe, pas droit à un salaire). — *Ibid.* XXV², 785 et s. (si une maquette a été commandée à un artiste et que le maître renonce à l'exécution de l'œuvre d'art projetée, la livraison de la maquette ne peut être présumée gratuite; cfr. art. 348); cfr. aussi, XVI, 227, et voir ad art. 340.

[3] *Mandat und Dienstmiethe*, par v. Schulthéss-Rechberg, Zurich, 1884, p. 60 et s.; voir, plus loin, n° 513.

[4] Voici quelques solutions de la jurisprudence: N'est pas un louage d'ouvrage, mais un louage de services, le contrat par lequel un architecte a simplement entrepris d'élaborer les plans et de surveiller les travaux d'une construction (*R. j. f.* XII, 8), arrêt du T. F., du 2 Mars 1891; voir aussi *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXVI, 595, et ad art. 318 et 362. — Le voyageur de commerce à la provision n'est

louage de services la convention par laquelle un inventeur s'engage à communiquer, avec instructions, à son co-contractant, le secret d'un procédé industriel ; c'est là, effectivement, non point une vente, mais une forme particulière, une « forme originale », comme dit le Tribunal fédéral, de la *locatio operarum*[1].

La rémunération due, sauf stipulation expresse du contraire, au locateur de services, peut consister en prestations de diverse nature : argent, pension, pourboires, provisions[2], tantièmes, etc. Il faudrait, d'autre part, considérer encore comme un louage de services le contrat passé entre un tenancier et un garçon de café, quand bien même celui-ci paierait une rémunération au patron.

En ce qui concerne l'inexécution des obligations du locateur, voir l'art. 111 et n°s 455 et s.

448 *bis*. Dans plusieurs cantons, les contestations entre patrons et ouvriers sont portées devant des *tribunaux de prud'hommes* (cfr. art. 386 C. proc. civ. bern., et décret du 1er Février 1894).

449. Comme nous l'avons déjà fait observer, l'art. 348 prescrit que : *Les dispositions du présent titre s'appliquent également aux contrats relatifs à des travaux qui supposent des connaissances professionnelles, des talents artistiques ou une culture scientifique (professions libérales), et qui s'exécutent moyennant le paiement d'honoraires convenus expressément ou tacitement.* Les différences que nous avons essayé de marquer entre le louage de services et le mandat ou le louage d'ouvrage ne sont pas toujours assez caractéristiques, nous l'avons dit, pour que l'on ne puisse pas hésiter sur le point de savoir si un médecin, un avocat, un notaire, un architecte, agit comme locateur de services plutôt que comme mandataire, ou vice versa. Il peut se présenter des questions de ce genre fort délicates à trancher ; on les décidera d'après les circonstances, et en tenant compte des critères donnés sous n° 448[3] ; mais, d'une manière générale, les art. 338 et suiv. ne s'appliqueront aux professions libérales que si les contrats passés par un médecin, un avocat, un notaire, etc., offrent tous les ca-

pas un mandataire, mais un locateur de services, lorsqu'il a été engagé d'une manière durable et non seulement pour exécuter quelques ordres révocables (*H. E.* VII, 170, *J. d. T.* XXXVI, 442). Cfr. *A. T. F.* XVI, 763, XIX, 833, 863, XXIII, 214 (vente ou louage de services), et voir n° 339, chif. 1, *in fine*.

[1] *A. T. F.* XXIII, 220 et s. ; cfr. XVI, 406, XIX, 863, ainsi que *J. d. T.* LII, 174 et s. (arrêt du T. F., du 25 Sept. 1903).

[2] *A. T. F.* XXIII, 123 et s., XXVI[2], 768 et s. (mais les provisions stipulées au profit d'un agent ne peuvent obliger le maître à organiser, même à son propre détriment, son entreprise de manière qu'elles ne diminuent pas). Voir ad art. 392, alin. 2.

[3] *A. T. F.* XVIII, 340, 862 ; voir note 4, p. 468, et cfr. *ibid.*, XXI, 1066, *H. E.* XIV, 59.

ractères d'un louage de services, — comme ce serait le cas, par exemple, pour un médecin d'hôpital. Ceci n'est pas sans intérêt, surtout eu égard aux honoraires (cf. art. 338, al. 2, et 392, 350) et à la responsabilité (cf. art. 113 et s., et 396 et suiv., 351, 354 et s.). Sur ce dernier point, il importe peut-être d'envisager la situation spéciale de l'*architecte*. Tandis que l'architecte-entreprèneur est assimilé à un entrepreneur, l'architecte qui se borne à louer ses services (qui dresse les plans et devis, qui passe adjudications et conventions avec les maîtres de métier, qui surveille la construction, ou même qui la dirige, etc.) n'est tenu qu'à une surveillance générale et intermittente, car on ne peut exiger sa présence permanente sur les chantiers. Son contrôle portera d'ailleurs, dans les limites où il y est tenu, sur les matériaux utilisés comme sur l'exécution des travaux[1]. D'autre part, les employés de commerce ou commis (même intéressés), les gérants d'établissement, les agents d'assurances, etc., sont aussi des locateurs de services.

CHAPITRE II

Des obligations et des droits des parties.

450. D'après l'art. 1780 du C. civ. fr., « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée », ou du moins on n'est lié que dans une certaine mesure par un engagement plus étendu ou moins précis (v. art. 341 et s.). Et nous avons vu que la durée — déterminée ou indéterminée, mais expressément ou tacitement stipulée — des services promis constitue l'élément le plus caractéristique du contrat des art. 338 et suiv. Mais, tandis que le droit français proclamait la nullité d'une convention passée au mépris de l'art. 1780, comme portant atteinte au principe de l'inaliénabilité de la liberté humaine — ce qui parait être la seule solution logique et conforme à la prohibition, dans les contrats, de toutes clauses contraires à l'ordre public, — notre loi permet sim-

[1] *A. T. F.* XXIV², 373 et s. (l'*architecte* qui s'engage à dresser les plans d'une construction, à en surveiller les travaux, et qui n'est qu'un locateur de services, ne répond que de ses fautes personnelles, non point, en principe, de celles des personnes qu'il charge des travaux, — sauf, sans doute, sa *culpa in eligendo* et *in instruendo*); cfr. *ibid.*, XXVIII², 530 et s., ainsi que XVIII, 340, 861 et s., et *J. d. T.* LII, 586 et s. (arrêt du T. F., du 28 Novembre 1903).

plement de dénoncer une convention de cette sorte, pour un terme plus ou moins rapproché (art. 345).

451. Le locateur de services contracte une obligation de faire, et, en principe, de faire par lui-même ; c'est donc sa propre liberté qu'il aliène. Aussi l'art. 339 prescrit-il : *Celui qui a promis ses services doit les rendre en personne, à moins que le contraire ne résulte de la convention ou des circonstances.* Effectivement, c'est en considération de la personne qu'on loue les services d'autrui, dans la plupart des cas. Si l'on choisit le gérant X. pour diriger un hôtel, le précepteur Y. pour élever des enfants, c'est les services du gérant X. et du précepteur Y. que l'on est en droit d'exiger et non point ceux d'un remplaçant quelconque. Il va sans dire que si la personnalité du locateur est indifférente ou que si ce dernier s'est réservé un pouvoir de substitution, la règle de l'art. 339 devient inapplicable. Mais, en dehors de ces exceptions, l'employé ou l'ouvrier qui refuserait d'exécuter le contrat en personne, tomberait sous le coup de l'art. 111, même s'il offrait les services d'un tiers en lieu et place des siens. S'il est, sans faute de sa part, mis dans l'impossibilité d'exécuter, il ne doit pas d'indemnité : *impossibilium nulla obligatio.*

Le locateur de services est obligé de s'acquitter, avec la diligence d'un bon père de famille, de la tâche qu'il a assumée ; il répond de toute faute (art. 113).

451 *bis.* Mais, quoique notre Code soit muet sur ces points, il n'est pas douteux que le maître ne peut exiger de son locateur d'autres services que ceux pour lesquels celui-ci a été engagé. De même, il devrait lui donner l'espèce d'ouvrage qu'il lui a promis primitivement et il ne pourrait confier cet ouvrage à un autre sans s'exposer à l'application de l'art. 346. De plus, il est obligé de fournir de l'occupation à son co-contractant, lorsque ce dernier est payé d'après les résultats de son travail. Enfin, il doit prendre à l'égard de la personne du locateur, toutes les mesures de sécurité commandées par les circonstances matérielles et techniques[1], même s'il

[1] *A. T. F.* XVI, 556, XX, 487, 1129, XXI, 894, XXII, 1224, XXIII, 1745, XXV², 404, XXVI², 56 et s., 239, XXIX², 495 et s. — Le *fardeau de la preuve* serait sans doute à la charge du demandeur, qui devrait établir le rapport de cause à effet entre le dommage subi et l'insuffisance des mesures de sécurité, ainsi que cette insuffisance même, quoique cette solution puisse paraître bien rigoureuse dans nombre de cas. On pourrait admettre que si les services à rendre impliquent des dangers particuliers, excédant la moyenne, le seul fait de l'accident comporte, à l'égard du maître, auquel on peut reprocher alors une sorte de *culpa* latente, l'inexécution des obligations, et que celui-ci doit se justifier (cfr. art. 110 *in fine*). Et c'est bien dans ce sens que semble se prononcer le Tribunal fédéral (voir, notamment, *A. T. F.* XX, 1129, XXV², 404, XXVI², 56, 239); le locateur n'aurait plus à prouver que le caractère dangereux des services, mais non l'insuffisance des mesures de précaution.

n'est pas un « fabricant » dans le sens de la loi de 1877. Mais il n'est pas tenu d'accepter les services loués, pourvu qu'il exécute ses propres contre-prestations et qu'il établisse que le dommage réellement subi n'est pas supérieur à leur montant[1].

452. A ces obligations du locateur correspond une obligation du maître ou locataire : celle de rémunérer son co-contractant, de lui payer un salaire, une fois la convention exécutée. Le taux du salaire est fixé par le contrat, par des tarifs spéciaux (voir n° 460 *bis*), par l'usage des lieux, ou, à défaut, par l'autorité judiciaire qui peut recourir à une expertise préalable. La rémunération n'est due, en principe, qu'après que le locataire a satisfait à ses obligations. C'est ce qui ressort de l'art. 340 : *Hormis les cas où la convention ou l'usage prescrit un paiement anticipé ou périodique, la rémunération n'est due qu'après que les services ont été rendus*[2]. Dans le louage des *operæ illiberales*, le salaire est payé chaque jour, ou chaque semaine, ou chaque mois ; il pourra consister en un traitement payable à termes plus ou moins longs. Le paiement aura lieu d'ailleurs en argent, toujours sauf convention ou usage contraire, et les locateurs de services peuvent refuser de subir le système des bons ou des jetons, comme celui du paiement en nature *(trucksystem)*. Quand le salaire consiste en tantièmes pris sur le bénéfice d'un exercice, ces tantièmes se calculent non point — si le contrat n'a pas duré pendant toute l'année par exemple — sur les bénéfices réalisés dans la période correspondante au temps où le locateur a été engagé, mais sur l'ensemble des bénéfices annuels et proportionnellement à la durée du contrat. Nous ne possédons pas, comme la France (voir loi du 12 Janvier 1895) et d'autres pays, des dispositions légales tendant à rendre sincère le paiement des salaires stipulés (interdiction de compenser avec ce qui est dû au maître pour fournitures de marchandises, etc.). Et M. Lotmar (l. c. p. 517 et s.) a eu raison d'insister sur le fait que notre législation ne crée pas de garanties suffisantes pour le paiement des salaires (cfr. cependant art. 219 L. P.).

La prescription des salaires s'accomplit par cinq ans, en vertu de l'art. 147, chif. 3 ; elle est suspendue dans le cas de l'art. 153, chif. 4, pendant la durée des services, à l'égard des créances des domestiques contre leurs patrons. Les conséquences du défaut de paiement des salaires sont fixées aux art. 117 et s. et 346.

453. La rémunération est due pour tout le temps durant lequel les services ont été rendus. Il va de soi que le maître est autorisé à tenir compte des interruptions qui ont pu se produire, sous la ré-

[1] *A. T. F.* XXIII, 1727 et s.

[2] *A. T. F.* XXII, 123 (pas de salaire pour des services qui, d'après les circonstances, doivent être tenus pour des services de complaisance).

serve suivante de l'art. 341, en matière de louage à long terme : *Celui qui a engagé ses services à long terme ne perd pas ses droits à la rémunération*[1] *alors qu'il est empêché de s'acquitter de son obligation pendant un temps relativement court*[2] *et sans sa faute* (cfr. art. 113), *pour cause de maladie, de service militaire ou telle autre analogue*[3] (al. 1er). Que doit-on entendre par les mots « à long terme » de l'art. 341 ? Et qu'est-ce que le « temps relativement court » du même article ? Il est impossible de tracer des limites fixes à ce sujet. La liberté d'appréciation du juge est complète en pareille matière, mais il tablera essentiellement sur la durée des services déjà rendus. Si, par exemple, un ouvrier est tenu, de par son contrat, pour deux ans, et qu'il tombe malade dès le premier mois, il ne pourra prétendre au salaire des cinq ou six semaines que représente l'interruption de son travail, tandis qu'il en serait autrement si la maladie se produisait au cours de la deuxième année. Ou encore, un commis qui s'est engagé pour une année fait du service militaire durant trois ou quatre mois, le maître aura sans doute le droit de décompter le temps d'absence de son employé et seul le service militaire *obligatoire* est prévu à l'art. 341. Insistons sur ceci : lorsque l'interruption du travail dépasse le « temps relativement court » de l'art. 341, le locateur ne peut exiger son salaire pour une partie quelconque de la durée de l'interruption. Si l'interruption est occasionnée par sa faute, s'il est malade ensuite d'excès, s'il doit faire de la prison pour purger une condamnation qu'il a encourue, il est déchu tout naturellement du bénéfice de l'article précité. Il n'est pas défendu de convenir expressément ou tacitement, sous l'empire de la loi actuelle, que la rémunération ne sera due que pour le temps réellement consacré aux services loués, et que le maître sera autorisé à déduire la part de salaire afférente aux jours ou aux semaines de maladie ou de service militaire. De plus, quand l'interruption du travail est due à la maladie, le maître est évidemment autorisé à déduire les subsides versés par des caisses de secours auxquelles il verse des cotisations, et cela proportionnellement à la valeur de celles-ci. L'art. 341, qui fut dicté par des considérations d'humanité, dit en outre : *Lorsque celui qui a engagé ses services vit dans le ménage de son maître et qu'il contracte sans sa faute une maladie passagère, le maître doit lui procurer, à ses propres frais, les soins et les secours médicaux nécessaires* (al. 2). Cette disposition vise les gens de service, domestiques, ouvriers, apprentis, qui vivent chez leur maître. C'est

[1] Il n'est pas tenu non plus de contribuer aux frais de son remplacement (*Hafner*, 178).

[2] *A. T. F.* XXI, 125.

[3] *R. j. f.* XVIII, 89 (ce texte est inapplicable à l'employé qui, arrêté et incarcéré, a été ensuite remis en liberté).

au juge qu'il appartient de décider si la maladie est « passagère » ou non ; il est bien entendu, au surplus, que le bénéfice de l'art. 341, al. 2, n'est pas acquis aux gens de service tombés malades par leur faute (pour cause d'ivrognerie, d'imprudences graves, etc.). Quant aux soins et secours, ils comprennent aussi bien les visites du médecin que les remèdes du pharmacien. Peut-on déroger conventionnellement au 2me al. de l'art. 341 ? Nous ne le pensons pas, au vu des termes impératifs de cette prescription légale et des raisons qui l'ont fait introduire dans la loi. Au reste, il n'est guère supposable qu'un maître veuille jamais s'exonérer des risques que l'art. 341 *in fine* met à sa charge.

Si la maladie du locateur de services se prolongeait, cessait d'être « passagère », il perdrait son droit aux soins et secours ; cfr. d'ailleurs art. 145 et 346. Et, au demeurant, les soins et secours de l'art. 341, alin. 2, ne sont jamais dus au delà de la durée du contrat[1].

CHAPITRE III

Comment le louage de services prend fin.

454. La durée du louage de services peut être déterminée par la convention expresse ou tacite des parties ; elle peut aussi être indéterminée. Les causes de l'extinction de ce contrat sont les suivantes : 1° résiliation ; 2° expiration du temps pour lequel il a été conclu, ou à partir duquel il peut être résilié ; 3° mort du locateur.

455. 1° *Résiliation*. Quelle que soit la durée du contrat, les parties ont le droit absolu d'en demander la résiliation à raison de l'*inobservation des clauses* de leur convention et pour d'autres *justes motifs*.

Aucun avertissement préalable n'est exigé par la loi ; la résiliation peut d'ailleurs être provoquée par voie de demande principale ou sous la forme d'une exception, et le Tribunal fédéral[2] a même reconnu que celle des parties qui pouvait vraiment se prévaloir d'un juste motif était en droit de résilier immédiatement le contrat par

[1] *R. jud.* 1895, 363.

[2] *A. T. F.* XV, 314 (cfr. *Motive* du Projet de C. civ. allemand, II, 469) ; cette décision est très exacte, mais le texte de l'art. 346 est ambigu sur ce point et a été avec raison critiqué dans les *Motive* précités.

une simple déclaration de sa part, et sans avoir à recourir à l'autorité judiciaire. Il est tout naturel, au surplus, que le maître puisse, en toutes circonstances, refuser les services du locateur, à condition de les rémunérer à ce dernier ; il sera déchargé de l'obligation de les payer, s'il se trouve dans l'un des cas de l'art. 346, sauf l'indemnité à laquelle il pourrait être condamné. Il est naturel encore que l'employé n'acquiert point un droit à l'honneur et au rang qui peuvent se trouver attachés à l'exercice de ses attributions [1], puisque, nous venons de le rappeler, le maître a en tout temps la faculté de renoncer à ses services, en payant le salaire stipulé. Mais voici le texte de notre art. 346 : *S'il y a de justes motifs, chacune des parties peut demander la résiliation du contrat avant le terme fixé. — Il appartient au juge d'apprécier s'il existe réellement de pareils motifs. — Si les motifs invoqués par l'une des parties consistent dans l'inobservation par l'autre des clauses du contrat, celle-ci est tenue à la réparation complète du dommage. Au surplus, il appartient au juge de régler comme il l'entend, d'après les circonstances et l'usage des lieux, les conséquences pécuniaires de la résiliation anticipée du contrat* [2]. Les mots : *justes motifs* sont la traduction des mots allemands : *wichtige* (importants) *Gründe*. Le Code fédéral n'indique pas les motifs qui pourront être envisagés comme des causes suffisantes de résiliation anticipée, ou du moins il ne signale en passant, comme telles, que les inobservations de clauses du contrat. Le Code de commerce allemand donne au juge, en ses art. 63 et 64, des directions qui peuvent servir en la matière : « La résiliation du contrat (entre maître et commis, — *Handelsgehülfe)* peut être demandée en particulier contre le maître, lorsqu'il ne paie pas à l'employé le salaire stipulé, ne l'entretient pas convenablement, se rend coupable de voies de fait à son encontre ou d'injures graves (art. 63). Elle peut être prononcée contre le commis en particulier : 1° lorsqu'il est infidèle ou abuse de la confiance de son maître ; 2° lorsque, sans le consentement de son maître, il fait des affaires pour son propre compte ou le compte d'un tiers ; 3° lorsqu'il refuse de rendre les services promis ou que, sans une cause légitime d'empêchement, il les interrompt pendant un temps relativement long ; 4° lorsqu'il lui devient impossible de les rendre par suite d'une maladie prolongée, de sa constitution débile, d'une peine qui le prive de sa liberté pendant un temps relativement long, ou d'une absence prolongée ; 5° lorsqu'il se rend coupable de voies de fait ou d'injures graves à l'encontre de son maître ; 6° lorsqu'il mène une vie déréglée (art. 64). »

[1] *J. d. T.* XLIV, 96 ; cfr. *A. T. F.* XV, 317.

[2] *A. T. F.* XV, 316, XVI, 207, XVIII, 823, XX, 129 (rédacteur de journal), XX, 1122 (notamment, sur le calcul de l'indemnité en cas d'indue résiliation ; voir n° 456), XXI, 113, XXIII, 265, XXIV, 373.

Il va sans dire que ces exemples du Code de commerce allemand, admis pour le cas spécial des rapports entre maître et commis, ne s'appliqueront pas à toutes les formes du louage de services et qu'ils sont bien loin d'être les seuls que l'on pourrait imaginer. On peut y ajouter : l'incompatibilité d'humeur entre les contractants, le défaut d'aptitudes du locateur, sa désobéissance persistante aux ordres du maître, sa maladie prolongée[1], la circonstance que, pour son propre compte (et sans doute aussi pour le compte d'un tiers), il ferait concurrence à son patron[2], l'impossibilité dans laquelle il se trouve de rendre les services promis, la déconfiture du maître[3], ou même le défaut de paiement régulier du salaire[4], avec ce correctif évidemment que des observations ou des réclamations à cet égard seront demeurées sans effet[5], etc. Le juge apprécie souverainement la nature et la quotité des dommages et intérêts à payer par la partie qui donne lieu à la résiliation anticipée (voir n° 456).

Si les justes motifs résident dans l'inobservation des clauses du contrat, il est dû une indemnité équivalente au montant du dommage occasionné (voir, à cet égard, en outre, l'art. 116). C'est du moins ce qu'on doit inférer de l'art. 346, dont l'ordonnance, sinon la rédaction même, est vicieuse. La dernière phrase de l'article aurait dû être placée immédiatement après le deuxième alinéa, finissant par les mots : « ... de pareils motifs ». En particulier, l'indemnité due au locateur de services consiste dans le montant des avantages que lui a fait perdre la résiliation anticipée du contrat, mais sous déduction de la valeur de ceux qu'elle a pu lui procurer, du temps, des capacités et des ressources dont il redevient le maître, — la partie adverse ayant alors à faire la preuve sur ce dernier point[6] ; l'indemnité serait réduite cependant, si, par exemple, le congé donné au locateur avait été motivé en partie par la faute de ce dernier, ainsi un manque d'égards et de convenances comme l'a jugé récemment le Tribunal fédéral ; elle ne sera plus due, lorsque l'ayant droit y aura renoncé expressément ou même tacitement, comme ce serait le cas, a-t-on admis avec un peu trop de complai-

[1] *H. E.* VII, 124, 327 ; *A. T. F.* XVIII, 312, XXIII, 1151 et s.

[2] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVII, 468 ; voir n° 459 bis.

[3] *J. d. T.* XLIV, 496, arrêt du T. F., du 20 Mars 1895 (mais non la faillite de l'employé, du moins quand elle était connue du maître lors de la conclusion du contrat, — et, sans doute, toutes les fois qu'elle ne peut porter au maître un préjudice de quelque importance) ; — le fait même, par l'employé, d'avoir laissé ignorer sa faillite, au moment de la conclusion du contrat, ne constitue pas non plus un juste motif (*R. jud.* 1896, arrêt du T. F., du 25 Avril 1896).

[4] Voir encore *A. T. F.* XV, 314, XVIII, 311, XXIV[2], 888.

[5] *R. j. f.* V, 105. — *A. T. F.* XXVI[2], 548 et s. (ne constitue pas un juste motif un *cas fortuit* frappant le maître et rendant les services inutilisables ; cfr. cependant art. 347) ; *ibid.*, XXX[2], 426 et s. (juste motif : tentative de corruption).

[6] *A. T. F.* XV, 674, XVI, 206 et s. *R. j. f.* VIII, 95.

sance, d'un employé qui « remercie très sincèrement » son patron du congé reçu[1].

Une question se pose au sujet de l'interprétation de l'art. 346. Celle des parties qui donne à l'autre de « justes motifs » de résilier le contrat, peut-elle résilier de son chef? Oui, dit M. Haberstich, d'après le texte même de l'art. 346, qui ne distingue pas. Nous ne saurions nous ranger à cette manière de voir qui nous paraît peu rationnelle, dès que le « juste motif » est imputable à faute à celle des parties qui voudrait s'en prévaloir. Quoique l'article 346 confère à « chacune des parties » le droit de résilier « s'il y a de justes motifs », le maître ne peut demander la résiliation que pour maladie, vie déréglée de l'employé, manquements sérieux et injustifiés (avertissement préalable du patron ou récidive du locateur nécessaires, si les manquements ne sont pas dès l'origine irréparables[2]), etc., et le même droit appartient au locateur seulement, quand le maître se rend coupable d'injures graves, de voies de fait, etc. Notre Code laisse au juge le soin de décider si les motifs invoqués sont justes ou non, mais il n'a certainement pas voulu dire que le maître pouvait se départir du louage de services parce qu'il aurait insulté ou battu son employé[3].

Et s'il me plaît d'être battu ? dira l'employé, comme dans Molière. On ne peut argumenter par analogie de l'art. 292. Mais il faut décider sans doute (cfr. art. 547) que l'une des parties peut résilier pour de « justes motifs » survenus sans sa faute, dans sa personne, et qui ne constituent pas un simple cas fortuit, comme une infirmité, etc., ou pour de justes motifs fondés sur des événements qui, tels une révolution, une guerre, suspendraient les affaires ; le juge pourrait alors, suivant les cas, allouer une indemnité modeste ou même n'en pas allouer du tout[4].

456. La résiliation peut naturellement intervenir d'un commun accord ou être soumise à la décision du juge. Introduite en justice, l'action se compliquera en général d'une demande en dommages et intérêts. Celui qui a ou prétend avoir de justes motifs peut aussi déclarer, sans autre, qu'il résilie, quitte à l'autre partie à le faire condamner à exécuter le louage de services, ou à réclamer des dommages et intérêts en application des art. 110 et s. En principe, lorsque la « réparation complète » est exigible, la partie fautive devra l'*Erfüllungsinteresse* de l'art. 116, sauf le cas de faute con-

[1] *H. E.* V, 129 ; cfr. en outre, *A. T. F.* XXIII, 648 et s.

[2] *A. T. F.* XV, 315, *J. d. T.* LII, 435 et s. (arrêt important du T. F., du 7 Novembre 1903); voir p. 476, texte et note 5.

[3] *A. T. F.* XXIII, 648 et s. (la faute ne doit pas être imputable à la partie qui actionne en résiliation).

[4] Voir cependant arrêt déjà cité. *A. T. F.* XXVI[2], 518 et s.

comitante ; et, en particulier, à l'égard du maître qui a donné congé sans motif, l'*indemnité* n'excédera point les prestations dont il est tenu aux termes du contrat, sous déduction des frais épargnés à l'employé et du gain par lui réalisé jusqu'à l'expiration de son engagement, — à moins que le congé ne se complique d'un acte illicite tombant sous le coup des art. 50 et s.[1] ; voir, au surplus, l'art. 346[1] *in fine*. Il est évident que la partie résiliante ne doit pas de dommages et intérêts, si elle a de « justes motifs ».

457. 2° *Expiration du temps*. Le louage de services peut être fait pour un temps fixe ou pour une durée indéterminée. Avant d'examiner en détail les conditions sous lesquelles le contrat prend fin, dans ces deux hypothèses, nous avons à rappeler la disposition toute spéciale de l'art. 344 : *Lorsqu'il s'agit d'ouvriers ou de domestiques et qu'il n'existe ni convention, ni usages locaux contraires, les deux premières semaines de service sont considérées comme un temps d'essai, en ce sens que, pendant la durée de ce délai, ou à son expiration, chacune des parties peut résilier le contrat moyennant un simple avertissement de* TROIS *jours au moins*, — les art. 346 et 347 demeurant réservés.

458. Revenons aux deux alternatives qui peuvent se présenter quant à la durée du contrat :

a) *Durée déterminée*. Le contrat prend fin à l'expiration de ce temps, et de plein droit, à moins qu'il n'y ait tacite reconduction, dans le sens de l'art. 342 : *Lorsqu'un louage de services a été conclu pour une année ou pour un terme fixe plus court, il est réputé renouvelé pour le même temps, si les services se prolongent sans opposition de part ni d'autre, au delà de l'époque convenue. Le renouvellement est réputé fait pour une année lorsque le terme primitif était de plus longue durée. — Dans le cas où, d'après la convention ou l'usage des lieux, le contrat ne peut être résilié que moyennant un congé préalable, il est réputé renouvelé par cela seul qu'aucune des parties n'a donné congé,* — en temps utile (voir art. 891). Un temps fixe peut être déterminé expressément ou tacitement ; par exemple, un faucheur louant ses services à un paysan, au début de la fenaison, le contrat sera, indépendamment même de toute convention à cet égard, censé conclu pour la durée des travaux que nécessitera la récolte des foins. La rupture du contrat avant le terme fixé donnera lieu à une action en dommages et intérêts. Quant à la fin de l'art. 342 spécialement — et il en est de même de l'article tout entier, — elle ne consacre

[1] *A. T. F.* XVI, 209, XX, 139, 606 ; *J. d. T.* XLIII, 604 (arrêt du T. F., du 20 Juill. 1895) ; cfr. en outre *A. T. F.* XXVI[2], 318 et s. (tarifs d'usage codifiés) et *J. d. T.* LII, 435 et s. (arrêt du T. F., du 7 Nov. 1903).

qu'une présomption qui peut être détruite par toutes preuves contraires et qui ne saurait, en tout cas, prévaloir contre les intentions des parties [1].

b) *Durée indéterminée*, à laquelle on assimile, comme nous le verrons, les contrats conclus pour la vie du locateur. *Lorsque*, dit l'art. 343, *la durée du contrat n'est déterminée ni par la convention, ni par le but en vertu duquel les services ont été promis, chacune des parties peut renoncer au contrat en observant les délais fixés par la loi* [2] *ou par l'usage*, — usage qui doit, naturellement, être établi par celui qui l'invoque. — *A défaut de loi ou d'usage, le contrat peut être résilié pour la fin de chacun des trimestres de l'année civile (31 mars, 30 juin, 30 septembre, 31 décembre), moyennant un congé donné au moins six semaines à l'avance. Si les services n'ont pas commencé exactement avec le trimestre, le congé peut être donné, la première fois, pour la fin du trimestre suivant* [3]. Ainsi un commis est entré le 1er Février, il ne peut pas résilier le contrat pour le 31 Mars, mais seulement pour le 30 Juin, sauf convention ou usage contraire. Toute résiliation faite au mépris de la convention, des usages locaux ou des délais de l'art. 343 peut entraîner l'application des art. 110 et s. Ajoutons qu'il n'y a pas d'interruption du délai de congé pour cause de service militaire, par exemple, d'accident, etc.

Le contrat conclu pour toute la vie de l'une des parties, ou pour un temps qui, selon les probabilités, s'étendrait même au delà, peut être résilié en tout temps, et SANS INDEMNITÉ, *par celle des parties qui a engagé ses services, moyennant* SIX MOIS *d'avertissement préalable* (art. 345 [4]). En droit français (C. civ., 1780), un semblable contrat serait nul ; en droit fédéral, il est valable, mais susceptible de résiliation, sans dommages et intérêts, de la part du locateur seulement, par un simple avertissement donné six mois à l'avance. Le droit de résilier n'appartient pas à l'employeur, dans l'éventualité de l'art. 345 ; ce droit, encore une fois, est attribué exclusivement au locateur de services, qui ne pourrait même y renoncer valablement (art. 17), car la disposition légale en question est d'ordre public. Si le locataire peut parfaitement s'obliger à garder un employé pendant toute la vie de celui-ci, c'est qu'en agis-

[1] *H. E.* III, 92. Cfr. *A. T. F.* XVII, 304.

[2] La loi féd. sur le travail dans les fabriques (art. 9) prescrit un avertissement de 14 jours. — Un contre-maître d'une fabrique doit observer, pour résilier, les délais de l'art. 343 et non ceux de la loi précitée ; sic, *R. j. f.* V, 60.

[3] *H. E.* 1894, 52 (serait soumise à l'art. 343, la résiliation d'un contrat par lequel un jardinier aurait le droit de jouir d'un jardin à la seule condition de l'entretenir convenablement).

[4] *Zeitsch des bern. J. V.* XXIII, 416, et *A. T. F.* XVI, 435 (droits d'un professeur d'Université nommé à vie). *J. d. T.* XXXIX, 568 et s. (art. 343 ou 345 ?).

sant ainsi, il n'aliène pas sa liberté comme le locateur. L'article 346 demeure toujours réservé.

458 *bis*. 3° *Mort du locateur*. Le contrat dont nous parlons est un contrat personnel dans la majorité des cas, du moins eu égard au locateur. Aussi bien l'art. 347 porte ce qui suit : *Le louage de services finit par la mort de celui qui a engagé ses services ; il ne finit par la mort du maître que si le contrat avait été conclu essentiellement en considération de sa personne*, — si bien que ses héritiers ne pourraient le remplacer sans que la situation des parties, telle qu'elle existait originairement, fût modifiée d'une manière plus ou moins sensible. En dehors de l'éventualité de l'art. 347 *in fine*, le locateur a bien le droit de demander l'exécution du contrat aux héritiers du maître, mais il est également tenu de l'exécuter lui-même.

458 *ter*. 4° La *faillite* de l'une ou de l'autre des parties peut être une cause de résiliation (v. art. 96 et 346).

---

459. La question des *prohibitions de faire concurrence* au maître, après la fin du louage de services, a été effleurée sous n[os] 39 et 226. Il faut sans doute admettre que les prohibitions tombent, quand le maître n'a plus d'intérêt à leur maintien et quand la résiliation anticipée du contrat a été provoquée par sa faute ou même par son fait, sans faute de son co-contractant[1]. Au reste, ces défenses se conçoivent seulement lorsque la nature des services à rendre devait permettre à l'employé de se renseigner sur la clientèle ou de pénétrer dans le secret des affaires de l'employeur. On sait qu'elles ne sont valables qu'à la condition d'avoir été stipulées pour un temps et un rayon limités d'une manière convenable, et si le locateur pouvait, en les enfreignant, causer un préjudice sérieux à l'autre partie. Les contraventions rendent le contrevenant passible de dommages et intérêts. Si la prohibition était sanctionnée par une clause pénale, on peut admettre que l'employé aurait la faculté de s'en libérer en versant au maître le montant de la peine conventionnelle, réduite, le cas échéant, par le juge, dans l'éventualité où elle serait excessive (cfr. art. 182)[2].

459 *bis*. Les conditions toujours plus difficiles de la vie industrielle ont provoqué toute une révolution dans le domaine du louage de services. Les actes de *grève*, de *mise à l'index*, de *boycottage*, etc., soulèvent des problèmes fort délicats. En ce qui concerne le refus

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XL, 672 ; cfr. *Seufferts Archiv*, XLVI, n° 214, et XLVIII, n° 101.

[2] *A. T. F.* XVII, 299, 717, XIX, 378, XXI, 610 (divulgation de procédés de fabrication, entre autres), 640, 1229, etc.

de l'ouvrier d'exécuter son contrat, l'art. 346 s'applique aux cas de grève comme aux autres : tout dépend de l'existence d'un « juste motif », et nous admettrions un juste motif, par exemple, s'il y avait, pour l'ouvrier, des dangers matériels ou des risques moraux d'une certaine importance à ne pas s'affilier à une grève décidée. Qu'en est-il de l'espèce dans laquelle un syndicat, en refusant d'admettre parmi ses membres un ouvrier, lui ferme la porte des ateliers syndiqués et restreint, en conséquence, sa liberté de travail ? Le principe est que le syndicat poursuit un but licite en cherchant à prohiber ou à limiter la concurrence à son profit, car le droit au travail n'est pas garanti par la loi. Mais il y a des limites à tout ; et si le Tribunal fédéral s'est prononcé [1] pour ce principe, il a insisté sur la circonstance que, dans l'affaire jugée par lui, l'association syndicale avait adopté une mesure d'ordre général (« le travail de la femme n'est pas admis », disaient les statuts) et n'avait pas eu « la seule intention de nuire à autrui », de causer un dommage à telle ou telle personne déterminée. Le droit de coalition des ouvriers, au surplus, n'a rien de contraire à notre législation, tant qu'il n'est pas exercé dans un but anti-social.

460. Nous avons regretté déjà que le législateur n'eût pas accordé plus d'attention encore à la matière et donné plus de développement au titre du louage des services. A la vérité, des lois spéciales, ainsi celles réservées par l'art. 349, complètent, en Suisse, dans une assez large mesure, les dispositions des art. 338 et s. Mais ces lois, qui créent des privilèges en faveur de certaines catégories de locateurs, n'ont qu'un champ d'application relativement restreint. Et le moment est arrivé sans doute de se demander si l'Etat, qui protège les ouvriers de fabrique, ne devrait pas étendre cette protection à toutes les classes de salariés. Il y a là une grosse question, dont il ne nous appartient pas de nous occuper ici, mais que nous ne pouvions pas ne point signaler au passage.

Faisons observer que le peuple suisse a adopté, en date du 26 Octobre 1890, un nouvel article constitutionnel (34 *bis*), en vue d'attribuer à la Confédération le droit de régler l'assurance en cas d'accident et de maladie, et de « déclarer la participation à ces assurances obligatoire en général ou pour certaines catégories déterminées de citoyens ». Un projet de loi, élaboré dans le sens de l'obligation de l'assurance en matière d'accidents et de maladies pour toutes les personnes travaillant au service d'autrui et dont le salaire n'excédait pas une certaine somme, avait été accepté par les Chambres fédérales presque unanimes ; le peuple suisse l'a repoussé le 20 Mai 1901.

[1] *A. T. F.* XXX², 282 et s.; cfr. *ibid.* XXII, 183, XXV², 621, 792, 801 (*mise à l'index*).

460 *bis*. Une dernière remarque encore. La jurisprudence française a reconnu la validité du *contrat collectif de travail* ou de salaire, par quoi il faut entendre des conventions passées entre les patrons et des syndicats professionnels, en vue soit de fixer le tarif des salaires, soit de déterminer les autres conditions générales du louage de services (maximum des heures quotidiennes de travail, etc.). Cette forme de contrat, qui est très commune en Angleterre, aux Etats-Unis, en Belgique, etc., n'a rien de contraire à notre Code, dès l'instant où les syndicats ont acquis la personnalité civile ; ils apparaissent alors comme les représentants des ouvriers syndiqués, en conformité des art. 36 et s. C. O. et des statuts de l'association[1], les non syndiqués pouvant invoquer une stipulation pour autrui (art. 128). La nature juridique du contrat collectif est très controversée.

---

[1] *Revue trim. de droit civil*, 1902, p. 499 et s., ainsi que les auteurs y cités.

TITRE DOUZIÈME

DU LOUAGE D'OUVRAGE PAR SUITE DE DEVIS OU DE MARCHÉ[1]

CHAPITRE PREMIER

Généralités.

461. Nous avons essayé déjà de montrer (nº 448) que le louage d'ouvrage *(locatio operis)* diffère du louage de services *(locatio operarum)* surtout en ce qu'il a pour but la livraison d'un ouvrage déterminé, tandis que l'autre a pour objet direct le travail même de la personne engagée[2]. Les effets de l'un ou de l'autre de ces contrats ne sont pas les mêmes sur bien des points : ainsi le salaire du locateur de services se prescrit par cinq ans (art. 147, chif. 3), la créance de l'entrepreneur par dix ans (art. 146) ; la mort du maître est, contrairement à ce qui se produit dans le louage de services (cfr. art. 347), sans influence sur la continuation du louage d'ouvrage ; la responsabilité de l'entrepreneur, envisagé comme expert, est plus étendue que celle de la personne qui engage simplement ses services ; les risques de la chose à laquelle travaille l'entrepreneur sont à sa charge tandis que le locateur n'a point de risques à courir, le contrat n'emportant pour lui que l'obligation de fournir des services personnels, etc.

462. La définition que notre Code fédéral donne du louage d'ouvrage est renfermée à l'art. 350 : *Le louage d'ouvrage par suite de*

[1] *Schneider et Fick*, 545 et s. *Hafner*, 184 et s. *Zeitsch. f. schw. R.*, III, n. s., 48 et s.

[2] *A. T. F.* XVI, 763, XIX, 833, XXI, 195, 525 et s., XXIV², 373, 789 et s; voir nº 462 *bis* (vente ou louage d'ouvrage).

devis ou de marché[1] *est un contrat par lequel l'une des parties, l'entrepreneur, s'engage à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre, le maître, s'engage à lui payer*. Les deux parties qui interviennent au contrat, sont, l'une l'*entrepreneur* ou *locateur*, l'autre, le *maître* ou *locataire* d'ouvrage (voir nº 446 *bis*). Le *devis* est un état détaillé des travaux à exécuter ainsi que des matériaux à employer avec indication du prix des matériaux et de la main-d'œuvre ; il a pour but de renseigner le maître qui commande l'ouvrage et de lui permettre de fixer les bases du marché, qui est alors le contrat même de louage d'ouvrage passé entre lui et l'entrepreneur. Le devis n'est donc, en somme, qu'un préliminaire de la convention, bien que la traduction française des art. 350 et s. paraisse en faire un synonyme de marché. La plupart des marchés sont conclus à prix fait ou à *forfait*, c'est-à-dire contre paiement d'un montant fixe qui ne variera pas suivant l'importance des travaux à exécuter, ces travaux eux-mêmes fussent-ils plus ou moins coûteux qu'on ne l'avait prévu ; les variations dans le prix des matériaux et de la main-d'œuvre sont également indifférentes. Souvent aussi, les marchés ne sont pas à prix fait, mais l'entrepreneur s'engage à faire tel ou tel ouvrage, conformément aux plans et devis adoptés, moyennant que le maître paie toutes les dépenses et promette en outre une certaine rétribution à son co-contractant.

L'ouvrage qui peut être l'objet du contrat des art. 350 et s. s'entend de tout produit *matériel* du travail humain : une maison, un piano, un fourneau, un vêtement, etc. Mais, en opposition avec le droit romain, ni le transport des personnes et des choses, ni la livraison d'une œuvre littéraire ou artistique en vue de l'édition, ne rentrent dans le louage d'ouvrage ; la loi régit ces diverses matières en des titres spéciaux.

C'est, sauf convention contraire, l'entrepreneur qui fournit en général les matériaux, si bien que le louage d'ouvrage se combine souvent avec un contrat de vente.

462 *bis*. Contrairement au droit commun, il faut considérer aussi comme un louage d'ouvrage, d'après l'art. 350, le contrat aux termes duquel l'une des parties s'engage à exécuter un ouvrage, moyennant rémunération, et cela alors même que c'est l'entrepreneur et non point le maître de l'ouvrage qui fournit la matière, quoiqu'on ne puisse assimiler à une *locatio operis* toute convention ayant pour objet la livraison de choses non encore confectionnées, contre le paiement d'un prix. Un semblable contrat serait, juridi-

[1] On a traduit ainsi le mot allemand : *Werkvertrag* (contrat d'entreprise). Ajoutons que le mot entrepreneur a un sens très étendu ici et qu'il signifie toute personne s'engageant à fournir à une autre le résultat matériel (consistant en un « ouvrage ») de son travail ou du travail des gens qu'elle emploie à son service.

quement, une vente, lorsque les parties ont en vue la délivrance d'un ouvrage terminé, tandis que les art. 350 et suiv. sont applicables dès que c'est le travail nécessaire à la production ou la fabrication de telle ou telle chose qui forme l'objet de la convention[1].

CHAPITRE II

Des obligations de l'entrepreneur.

463. Comme le louage de services, le louage d'ouvrage, en ce qui concerne l'entrepreneur du moins, a, en principe, le caractère d'un contrat personnel. *L'entrepreneur*, dit l'art. 351, *est tenu d'exécuter l'ouvrage en personne, ou tout au moins de le faire exécuter sous sa direction personnelle. — Il n'y a d'exception que si, d'après la nature de l'affaire, les aptitudes personnelles de l'entrepreneur sont sans importance. Au reste, même dans ce cas, l'entrepreneur répond de toute faute commise par ceux qu'il charge du travail*[2], — de « toute faute » dit la loi, plus rigoureuse que dans l'espèce de l'art. 115, et il ne lui est pas possible de faire utilement la preuve libératoire de l'art. 62[3]. Il va de soi que, dans nombre de circonstances, le maître ne peut exiger que l'ouvrage soit exécuté en entier par l'entrepreneur lui-même, mais il est en droit de demander que ce dernier surveille et dirige les travaux (cfr. art. 77); tel sera le cas dans les constructions et pour tous les ouvrages qui ne peuvent être faits par un seul. En revanche, si l'ouvrage peut être exécuté par l'entrepreneur et que ses qualités personnelles aient été prises en considération pour l'exécution du travail commandé, il ne pourra se substituer un tiers. S'il est autorisé, conventionnellement ou de fait, à ne pas exécuter lui-même, il est responsable, dans la mesure indiquée, de toute inobservation des clauses du contrat. Dans l'éventualité où l'ouvrage périrait avant sa livraison, par faute de l'entrepreneur ou de ses ouvriers, il ne

[1] A. T. F. XX, 1000 et s.; cfr. encore, *ibid.* XV, 840, XVI, 168.

[2] Voir pour l'*architecte*, simple locateur de services, n° 449.

[3] *R. j. f.* VIII, 132 (arrêt du T. F., du 2 Mai 1890); cfr. *A. T. F.* XVI, 384, XX, 1000 et s. *(exceptio non adimpleti contractus).* — *R. j. f.* XI, 29 (remise d'un dessin — souvenir de famille — pour l'encadrer; *quid* des dom. et int. en cas de perte? en principe, c'est la valeur réelle qui est déterminante, non la valeur d'affection).

pourrait réclamer ni le prix de son travail, ni la restitution de ce qu'il aurait déboursé (cfr. art. 367); au contraire, il pourrait encore être actionné en dommages et intérêts (cfr. art. 110) ou en exécution des travaux (cfr. art. 111).

464. L'entrepreneur doit, sauf convention ou usage contraire, procurer à ses frais les outils et les engins nécessaires à l'exécution de l'ouvrage. Mais, quoiqu'il le fasse d'habitude, il n'est pas obligé de fournir la matière. Ceci ressort des art. 352 et 353. Voici d'abord le texte de l'art. 352 : *Dans le cas où l'entrepreneur fournit la matière*[1], *il est responsable envers le maître de la bonne qualité de la dite matière, et il lui doit, en outre, la garantie prévue aux articles 235 à 242* (al. 1). Il semblerait que, dans cette hypothèse, on fût plutôt en présence d'une vente que d'un louage d'ouvrage, comme le portent les art. 1711 et 1788 du C. civ. fr. et comme M. Munzinger l'admettait dans son projet. Notre Code attribue à un contrat de cette espèce les effets d'un louage d'ouvrage, à cette exception près, c'est que l'entrepreneur est responsable de la matière fournie, en conformité des prescriptions sur la garantie pour cause *d'éviction* dans la vente. Pourtant, il peut arriver que, dans l'éventualité de l'art. 352, al. 1, on ait réellement conclu une vente plutôt qu'un louage d'ouvrage, — la « vente d'une chose une fois faite », comme l'appelait une disposition du projet de Code civ. français, ou mieux, la vente d'une chose future (v. art. 229). Cette distinction offre un certain intérêt pratique, en ce que, s'il y a vente et non louage d'ouvrage, l'art. 369 est inapplicable. Pour les risques de la matière fournie, nous renvoyons à l'art. 367. *Si la matière est fournie par le maître, l'entrepreneur est tenu d'en user avec soin et ménagement, de rendre compte de ce qu'il a employé et de restituer ce qui peut lui rester* (al. 2). Les risques de la matière fournie par le maître demeurent à la charge de ce dernier, à quelque moment que la perte ou la détérioration survienne, à moins qu'il n'y ait faute de l'entrepreneur (voir art. 365, 367, al. 2, 368). Nous avons déjà marqué, en passant, que l'entrepreneur n'est pas tenu de fournir la matière, et, qu'à défaut de convention ou d'usage contraire, elle doit être fournie par le maître.

Il nous reste à donner encore le texte de l'art. 353 : *Sauf usage ou convention contraire, il appartient à l'entrepreneur de se procurer à ses frais les moyens, engins et outils qu'exige l'exécution de l'ouvrage.*

465. L'entrepreneur est responsable de l'exécution de l'ouvrage pour le temps convenu expressément ou tacitement, et de la livraison conforme aux clauses du contrat :

[1] *A. T. F.* XV, 840; cfr. XXIII, 1733 et s.

466. 1° *Retard dans l'exécution.* Dans un contrat de cette sorte, les parties fixent généralement la date du commencement et de la perfection des travaux. Tout retard confère au maître les droits suivants, énoncés à l'art. 354 : *Si l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage à temps, s'il en diffère l'exécution contrairement aux clauses du contrat, ou si, sans la faute du maître, il est tellement en retard que selon toute prévision il ne puisse l'achever à temps, le maître a le droit de procéder contre lui conformément aux articles 122 à 124, sans attendre le terme fixé pour la livraison.* Le maître peut donc lui fixer ou lui faire fixer un délai convenable en le prévenant que, faute d'exécution dans ce délai, le contrat se trouvera résilié, ou se départir du contrat sans autre formalité si l'ouvrage devait être exécuté à une époque déterminée, ni plus tôt, ni plus tard ; dans les deux cas, le maître pourra réclamer la restitution de ce qu'il aura déjà payé, plus des dommages et intérêts s'il établit que son co-contractant est en faute. Tout naturellement, le maître peut renoncer à la faveur de l'art. 354, attendre le terme fixé pour la livraison et invoquer à ce moment les art. 122 et s. Si un terme n'a pas été prévu pour l'exécution du contrat, il sera déterminé d'après les circonstances.

467. 2° *Défectuosité dans l'exécution.* Le Code fédéral distingue les deux cas des art. 355 et 356 :

a) *Dans le cas où, pendant le cours des travaux* — art. 355, — *il serait évident que, par la faute de l'entrepreneur, l'ouvrage est exécuté d'une façon défectueuse ou contraire à la convention, le maître peut fixer ou faire fixer à l'entrepreneur, en vue d'y remédier, un délai convenable, en le prévenant que s'il ne s'exécute pas dans ce délai, les réparations à faire ou la continuation des travaux seront confiées à un tiers aux frais et risques de l'entrepreneur* (voir art. 111, 113, 115 et 351 *in fine*). Après l'achèvement des travaux, il y aurait lieu de procéder selon l'art. 358. Le maître doit-il, dans le cas de l'art. 355, se faire autoriser, comme le prévoit l'art. 111, à confier les réparations ou les travaux à une tierce personne ? Ou peut-il, le délai expiré, les confier de son chef et choisir lui-même le tiers qu'il en chargera ? Les termes de l'art. 355 sont formels, ils ne parlent pas d'une autorisation à demander ; le maître pourra, en conséquence, agir librement, mais il sera responsable de toute négligence dans le choix fait par lui du continuateur des travaux. Pour se mettre à l'abri de tout recours de l'entrepreneur, il fera bien de s'adresser quand même à l'autorité compétente, dans le double but de faire constater l'état défectueux de l'ouvrage et de désigner le tiers auquel les travaux seront confiés. Si la défectuosité résulte, non de la faute de l'entrepreneur, mais d'un cas fortuit, nous avons les art. 367 et 368.

b) *Si dans le cours des travaux* — art. 356[1], — *la matière fournie par le maître ou le terrain désigné par lui est reconnu défectueux, ou s'il survient tel autre fait* (livraison tardive des plans, des matériaux, livraison de matériaux de mauvaise qualité. fondations trop faibles pour le bâtiment à construire[2], etc.) *de nature à compromettre l'exécution régulière ou ponctuelle de l'ouvrage, l'entrepreneur est tenu de porter immédiatement ces faits à la connaissance du maître, sous peine d'en supporter lui-même les conséquences* (cfr. art. 359). L'entrepreneur, nous le savons, est envisagé comme une sorte d'expert ; il est tenu de posséder certaines connaissances techniques qu'il doit mettre au service du maître ; alors même que celui-ci aurait fourni la matière. choisi le terrain pour construire, l'entrepreneur doit le rendre attentif, dès qu'il a été à même de faire les constatations nécessaires, aux défectuosités des matériaux, comme aux vices du sol (v. C. civ. fr. art. 1792). Il a même l'obligation de vérifier les qualités de la matière fournie, ou du terrain désigné ; s'il négligeait de procéder à cette vérification, ou s'il ne la faisait pas d'une manière consciencieuse, il tomberait sous le coup des art. 110 et s. (v. art. 352, al. 2, 358, al. 3, 366, al. 2, et 368, al. 1) ; sa responsabilité, qui dure un an ou cinq ans en vertu de l'art. 362, ne serait nullement diminuée, à défaut de l'avertissement dont parle l'art. 356, par la circonstance que le maître aurait fourni la matière ou choisi le terrain ; tel est le sens des mots « sous peine d'en supporter lui-même les conséquences » (les projets disaient plus clairement : « il répond du dommage résultant de l'omission de ce devoir »).

468. L'entrepreneur a satisfait à ses obligations dès que l'ouvrage a été livré et accepté. Le maître ne peut désormais plus réclamer à raison des malfaçons qu'il viendrait à découvrir après un certain temps d'usage, car la loi suppose qu'il a vérifié convenablement les travaux reçus. Toutefois l'entrepreneur n'est pas absolument protégé par la réception de l'ouvrage exécuté. L'art. 360 dit : *Dès que le maître a accepté l'ouvrage expressément ou tacitement, l'entrepreneur est déchargé de toute responsabilité, à moins qu'il ne s'agisse de défauts qui ne pouvaient être constatés lors de la vérification régulière et de la réception de l'ouvrage, ou qui ont été frauduleusement cachés par l'entrepreneur*. Nous apprendrons au chapitre suivant, en traitant de l'art.

[1] *Rap. com. Cons. nat.*, 24 ; *Rap. com. Cons. des Etats*, 17, où nous lisons : « Nous proposons une adjonction d'après laquelle l'entrepreneur est tenu également de faire sonder le terrain à bâtir, et est responsable des conséquences résultant de la défectuosité des sondages ». Cette adjonction n'a pas été admise, mais l'obligation générale de vérifier le terrain n'en existe pas moins et le sondage sera le mode de procéder le plus sûr.

[2] *R. j. f.* IV, 80.

361, ce qu'il faut entendre par une « acceptation tacite » de l'ouvrage. La question de savoir si un défaut, au sujet duquel l'entrepreneur est recherché, pouvait être constaté lors de la réception (et de la vérification que le maître doit faire à ce moment, sous peine d'être considéré comme acceptant), — cette question se décidera d'après les circonstances de chaque affaire. Le Tribunal fédéral[1] a reconnu, par exemple, que de la laine remise pour être teinte doit être essayée après réception, et qu'en particulier, le maître doit vérifier si la teinture résiste au lavage ; si, ayant négligé cette vérification à ce moment, il découvre plus tard que la teinture ne résiste pas au lavage, il est tardif dans ses réclamations (art. 357 et 361). En effet, la vérification de la part du maître doit être faite avec toute la diligence d'un bon père de famille. L'entrepreneur n'est, comme le vendeur, garant à raison des défauts cachés découverts après coup, que pour ceux qui ne se sont point révélés bien que le maître se soit conformé à l'art. 357. Il répond aussi, comme le vendeur, de tous les défauts qu'il aura frauduleusement cachés (cfr. art. 246 et 247), quand bien même, dans ce dernier cas, ils auraient pu ou dû être constatés lors de la vérification (voir encore nº 472) ; cfr. art. 348, texte à propos duquel nous avons distingué entre la responsabilité de l'*architecte-entrepreneur* et celle de l'*architecte locateur de services*.

469. L'action en garantie de l'art. 360 est soumise à des délais de prescription différents, suivant la nature de l'ouvrage exécuté. Voici comment les détermine l'art. 362 : *Les droits qui compètent au maître à raison des défauts de l'ouvrage se prescrivent suivant les mêmes règles que les droits correspondants de l'acheteur, conformément aux articles 257 à 259* (al. 1). La durée — qui peut être conventionnellement modifiée[2] — de l'action en garantie est donc, en principe (exception à l'art. 362, al. 2), *d'une année*, à dater de la livraison, ou mieux de la réception, encore que le maître n'eût découvert les défauts que plus tard, et à condition que ses droits ne soient déjà pas périmés selon les art. 360 et 361 (v. nº 184). S'il y a eu fraude commise par l'entrepreneur, le délai est étendu à *dix ans*, comme à l'art. 259. Le maître qui se sera conformé aux art. 357 et 361, relativement à l'avis à donner des défauts, pourra, même après une année, opposer la garantie, par *voie d'exception*, à la réclamation de l'entrepreneur (art. 258) ; il va sans dire qu'il est déchu de ce droit, si son recours déjà est prescrit aux termes des art. 357 et 361. Le délai de prescription d'un an est

[1] *A. T. F.* XIII, 317 ; cfr. *ibid.*, XVI, 765.

[2] *H. E.* XIV, 330. — Les délais des alin. 1 et 2 de l'art. 392 ne sont pas, d'ailleurs, des délais proprement dits de prescription ; aussi est-il permis de les prolonger, et, sans doute, de les abréger (cfr. art. 638 C. civ. all.).

étendu à *cinq ans*, en matière de constructions : *Toutefois l'action du maître qui a commandé une construction ne se prescrit que par cinq ans à partir de la réception* (al. 2)[1], — ou à partir du moment où il est en demeure de recevoir. Il ne s'agit pas seulement d'une nouvelle construction, d'un bâtiment complet, mais de toute construction importante, même lorsqu'elle serait faite dans un bâtiment déjà existant (ainsi une reconstruction, une transformation d'une partie relativement considérable d'un bâtiment). C'est ce que l'on peut inférer du texte allemand, qui emploie le mot *Bauwerk*. L'exception de l'art. 362, al. 2, se justifie par le fait qu'au moment où un édifice vient d'être achevé, il a toute l'apparence de la solidité ; des vices même assez graves pour provoquer sa ruine ou d'importantes détériorations peuvent ne pas être visibles à cette époque, même pour un expert. L'épreuve du temps est le complément naturel de la vérification de l'art. 357. Le Code civil français et d'autres législations avaient adopté un délai de dix ans. Dans son projet, M. Munzinger proposait d'établir un délai uniforme de deux ans pour tous les cas de garantie en matière de louage d'ouvrage. On s'arrêta à un moyen terme ; les délais admis sont un peu courts. Ajoutons que, d'après l'art. 67, le maître, qui n'aura pas perdu son droit de recours et qui se trouvera encore dans les cinq ans, pourra réclamer à l'entrepreneur l'indemnité qu'il aura dû payer à des tiers à raison de l'écroulement de sa construction. Notons encore que les art. 258 et 259 sont sans doute applicables par analogie en matière de constructions, comme dans les autres cas de louage d'ouvrage (voir ce que nous en avons dit ci-dessus ad art. 362, al. 1). Disons enfin que l'art. 362, alin. 2, ne concerne que les relations entre le maître et l'entrepreneur, mais non entre le maître et un *architecte* qui dresse les plans et n'est chargé que de surveiller les travaux ; envers ce dernier (cfr. art. 348), c'est la prescription de l'art. 146 qui fait règle[2].

470. Quant aux *risques*, voir en outre l'art. 367.

---

[1] *A. T. F.* XVI, 765 ; cfr. art. 67 C. O. (*R. j. f.* XII, 142).
[2] *A. T. F.* XXI, 1065 et s.

CHAPITRE III

Des obligations du maître.

471. Le maître a deux obligations principales : la réception de l'ouvrage, et le paiement du prix convenu, sans parler de celle de fournir la matière, s'il n'y a stipulation ou usage contraire.

472. L'entrepreneur a un intérêt évident à ce que la vérification, et partant, la réception de l'ouvrage livré se fasse le plus tôt possible, puisqu'il est à l'abri des cas fortuits dès que l'ouvrage a été reçu et que la prescription de l'action en garantie commence à courir dès ce moment. L'art. 357 dispose, en conséquence : *Après la livraison de l'ouvrage, le maître doit en vérifier l'état, dans le délai usuel*[1], *et en signaler à l'entrepreneur les défauts, s'il y a lieu. — Chacune des parties a le droit de demander que l'ouvrage soit examiné par des experts et qu'acte soit dressé de leurs constatations, le tout à ses frais.* Cette expertise sera sollicitée de l'autorité compétente désignée à cet effet par la procédure cantonale. Le temps de la livraison se règle d'après les circonstances, la livraison s'opérant, en matière de louage d'ouvrage, dans les formes les plus diverses. On pourra vraisemblablement appliquer par analogie les règles des art. 232 et s. La livraison faite, le maître doit vérifier l'ouvrage « dans le délai usuel » *(nach dem üblichen Geschäftsgange)*, qui ne peut, d'ailleurs, commencer à courir que s'il s'agit de la livraison d'un ouvrage terminé[2], et qui doit être apprécié avec moins de rigueur lorsque les parties ne sont pas des commerçants[3] (voir, en outre, p. 17, note 1). Ce délai est nécessairement court, mais il variera, pour ainsi dire, dans chaque espèce ; nombre d'objets, par exemple, ne peuvent être vérifiés qu'a-

[1] Le mot « usuel » — voir textes allemand et italien — ne se rapporte pas aux usages locaux, mais aux procédés habituellement suivis dans ce domaine (*A. T. F.* XIII, 316). Cfr. *ibid.*, XII, 318, XXIV[2], 596 (ce délai n'est pas étendu par le fait que les intéressés auraient stipulé un délai spécial de garantie). — *J. d. T.* XLI, 555, XLV, 160.

[2] *A. T. F.* XXV[2], 865 et s.

[3] *J. d. T.* L, 13 (arrêt du T. F., du 25 Janvier 1901).

près spécification, transformation, etc. Si le maître est absent lors de la livraison, il n'est pas en droit d'invoquer son absence comme excuse de la vérification tardive ; il n'est pas en droit non plus de prolonger — pas plus que l'entrepreneur d'abréger — unilatéralement et après coup le délai de l'art. 357. Si c'est l'entrepreneur qui est absent, il suffit que le maître ait fait toutes les diligences voulues pour l'aviser des défectuosités découvertes. On sait (cfr. art. 360) que le maître n'est pas tenu de signaler tous les défauts possibles de la chose livrée, mais ceux-là seulement qui pouvaient être constatés « lors d'une vérification régulière » de l'ouvrage. Quel est le sens des termes « vérification régulière » ? C'est au juge qu'il appartient de les interprêter pour chaque cas particulier ; le maître doit apporter à cette vérification la diligence d'un bon père de famille[1], y procéder comme on doit raisonnablement le faire dans de pareilles circonstances. Si des défauts se sont révélés au cours de cet examen, le maître est tenu de les signaler *immédiatement* (le texte allemand le dit en propres termes) à l'entrepreneur. Faute par lui d'avertir ce dernier, il est censé avoir accepté purement et simplement l'ouvrage livré (art. 361), et il n'a plus de recours en garantie qu'en conformité de l'art. 360. Les parties peuvent du reste étendre ou restreindre conventionnellement la durée du délai de l'art. 357, comme elles peuvent aussi exclure toute garantie, sauf l'application, par analogie, de l'art. 344.

Voilà ce que le maître est obligé de faire pour sauvegarder ses droits ; s'il ne le fait pas, l'art. 361 détermine ce qui suit : *Il y a acceptation tacite lorsque le maître omet de vérifier l'état de l'ouvrage et d'aviser l'entrepreneur, ainsi que le prescrit l'article 357, alinéa 1. Si les défauts ne se manifestent que plus tard* (à condition toutefois qu'ils se manifestent dans l'année ou dans les cinq ans — voir art. 362 — car, après ce temps, l'entrepreneur est exonéré de toute responsabilité, sauf le cas de dol), *le maître est tenu de les signaler à l'entrepreneur aussitôt qu'il en a connaissance; sinon il est réputé avoir accepté l'ouvrage avec ses défauts* (voir art. 246 al. 2 *in fine*). L'acceptation expresse ou tacite produit les effets de l'art. 360.

473. S'il résulte de la vérification que l'ouvrage est défectueux, et si les défauts ont été signalés en temps utile, comme l'établit l'art. 357, le maître a les droits suivants, consacrés par l'art. 358 : *Lorsque l'ouvrage est tellement défectueux*[2] *ou si peu conforme aux clauses de la convention que le maître ne puisse en faire usage* (c'est-à-dire ne puisse en faire l'usage approprié au but pour lequel l'ouvrage avait été commandé) *ou du moins être équitable-*

[1] *A. T. F.* XIII, 317.
[2] L'appréciation du juge est déterminante (*H. E.* 1894, 322).

ment contraint à l'accepter, il a le droit de le refuser[1], *et même, si l'entrepreneur est en faute, de demander des dommages et intérêts* (al. 1)[2]. Si l'ouvrage est inutilisable ou inacceptable, le maître peut donc le *refuser*, et réclamer une indemnité s'il y a faute de l'entrepreneur (cfr. art. 243, 249, 250, 113, 115); il peut aussi poursuivre l'exécution de l'ouvrage, obliger l'entrepreneur à le refaire, ou, en vertu de l'art. 111 *in fine*, obtenir l'autorisation de le faire exécuter aux frais de son co-contractant, si la chose est matériellement possible. *Lorsque les défauts de l'ouvrage ou les infractions au contrat sont d'une importance moindre, le maître a le droit de réduire le prix en proportion de la moins-value, ou d'obliger l'entrepreneur à réparer l'ouvrage à ses frais s'il peut le faire sans dépenses excessives; le maître a de plus le droit de demander des dommages et intérêts si l'entrepreneur est en faute* (al. 2)[3]. Le juge décide souverainement si la livraison défectueuse tombe sous le coup du premier ou du deuxième alinéa de l'art. 358. S'il estime que le deuxième alinéa est applicable, les droits du maître sont restreints à ceux énoncés dans cette disposition légale, et nous ne pensons pas que l'art. 111 puisse entrer en ligne de compte; la loi dit, en effet — elle ne l'eût point exprimé, si elle eût voulu assimiler le cas à celui du premier alinéa, — que l'exécution de l'ouvrage pourra être requise seulement si l'entrepreneur « peut le faire sans dépenses excessives », c'est-à-dire sans frais qui dépasseraient de beaucoup la moins-value, la preuve du caractère « excessif » des dépenses étant, au surplus, à la charge de l'entrepreneur[4]. On sait que le maître a le droit de choisir entre l'exécution dans les conditions ci-dessus et la réduction du prix. *Lorsqu'il s'agit d'ouvrages faits sur le fonds du maître et dont, à raison de leur nature* (constructions, par exemple, conduites d'eau, cloaques, etc.), *l'enlèvement entrainerait des frais excessifs, le maître n'a que les droits mentionnés au deuxième alinéa du présent article* (al. 3)[5]; voir aussi l'art. 67.

Si l'entrepreneur livre l'ouvrage dans un état plus avantageux que celui convenu, il ne peut rien réclamer en sus du prix fixé, à moins que les améliorations n'aient été ordonnées par le maître, — ceci dans l'une comme dans l'autre des hypothèses de l'art. 368;

[1] *J. d. T.* XLII, 447; cfr. *A. T. F.* XXIX[2], 45 et s.

[2] *A. T. F.* XVI, 762, XVIII, 839, XX, 645, 1006.

[3] *A. T. F.* XXIII, 1733, XXIX[2], 704 (l'entrepreneur n'a pas le droit de procéder à des améliorations gratuites, d'après l'art. 358, alin. 2).

[4] *H. E.* IX, 104.

[5] *A. T. F.* XX, 641 et s. (la preuve est à la charge de l'entrepreneur qui demeure responsable, même en cas d'approbation d'un plan défectueux, si le maître n'est pas homme du métier); cfr. *ibid.*, XXVI[2], 653 et s. (défauts résultant de la nature du terrain; responsabilité de l'entrepreneur).

cependant il pourrait, dans l'éventualité où le maître refuserait de lui payer un supplément de salaire ou d'honoraires, supprimer les améliorations, si la suppression en était possible sans dommage pour l'ouvrage, ou refaire ce dernier en conformité du contrat, s'il le pouvait jusqu'au terme stipulé pour la livraison.

474. L'art. 359 prescrit que : *Le maître ne peut invoquer les droits qui lui sont accordés dans l'article précédent, lorsque l'exécution défectueuse de l'ouvrage lui est personnellement imputable, soit à raison des ordres qu'il a donnés contrairement aux avis formels de l'entrepreneur, soit pour toute autre cause*[1] (v. art. 356 et 358). L'entrepreneur a le devoir, sous sa responsabilité, puisqu'il est envisagé en quelque sorte comme un expert, de rendre le maître attentif à la portée d'ordres déraisonnables ou dangereux, et il ne doit exécuter des ordres semblables que si, malgré toutes ses représentations, le maître persiste à les imposer. Comme la preuve que ces ordres sont émanés du maître incombera toujours à l'entrepreneur, en cas de contestation, il fera bien d'exiger qu'ils lui soient donnés par écrit et de constater ses observations et ses avertissements de la même manière. S'il exécute des ordres pareils, sans autre, il répond des conséquences, tout comme s'il avait agi de son propre chef.

475. Le *paiement* du prix s'effectue, en général, *postnumerando;* le maître n'y est, du reste, obligé lors de la livraison, que sous réserve de son droit de vérifier l'ouvrage et d'actionner à raison des défauts, selon les art. 357 et s. On s'est demandé si, en l'absence de clauses expresses, le *cahier des charges* général, signé par l'entrepreneur, oblige envers celui-ci un sous-entrepreneur ou un fournisseur quelconque, notamment alors que ce dernier aurait souscrit un cahier des charges spécial annexé à l'autre, et, en particulier, si un paiement partiel en actions accepté par l'entrepreneur dans le cahier des charges général peut être imposé par lui au sous-entrepreneur ou au fournisseur. Le Tribunal fédéral, qui a eu à trancher cette question[2], l'a résolue négativement, au vu de la correspondance des parties, qui établissait que l'intention de l'une d'elles au moins avait été de ne pas appliquer au mode de paiement la clause y relative du cahier des charges. L'art. 363 dit : *Le prix de l'ouvrage est payable au moment de la livraison* (sauf convention contraire, et sauf les droits de vérification, de refus, de réduction du prix, etc.). — *Si l'on est convenu de livraisons et de paiements partiels, le prix afférent à chaque partie de l'ouvrage est payable au moment de la livraison de*

[1] *A. T. F.* XXVI², 579 et s.

[2] *J. d. T.* LII, 610 (arrêt du T. F., du 20 Février 1904).

cette partie, — toutes conventions contraires, naturellement, réservées.

476. Les droits et obligations des co-contractants varient, selon que le prix a été fixé à forfait, ou non :

1° Art. 364, alin. 1 à 3 : *Lorsque le prix a été fixé d'avance* À FORFAIT[1], *l'entrepreneur est tenu de faire l'ouvrage pour la somme fixée. — L'entrepreneur ne peut réclamer aucune augmentation, en alléguant que l'ouvrage a exigé plus de travail ou de dépenses qu'on ne l'avait prévu. — Toutefois, si l'exécution de l'ouvrage est arrêtée, ou rendue excessivement difficile, par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, et que l'entrepreneur n'ait pas pris expressément cette éventualité à sa charge, le juge a la faculté d'accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat* (à condition que l'avertissement de l'art. 356 ait été donné en temps utile). Ces « circonstances extraordinaires » se présenteront surtout lorsque le sol sur lequel une construction doit être élevée, ou les matériaux destinés à l'exécution de l'ouvrage, — ou sol et matériaux quand l'ouvrage à livrer est un bâtiment, — auront été fournis par le maître. Mais elles peuvent surgir aussi lorsque l'entrepreneur se charge de tout fournir, par exemple, dans des cas de guerre, de défenses d'exportation, etc., qui entraînent un renchérissement exceptionnel de la main-d'œuvre ou des matériaux, comme dans ceux de tremblement de terre, d'inondation du terrain, etc. *Quid*, s'il s'agissait de grèves ? Elles ne permettraient d'invoquer l'art. 364, alin. 3, que si elles étaient d'une certaine durée, si elles offraient un caractère d'intensité anormale et si l'entrepreneur n'avait concouru en aucune manière à les provoquer par sa faute. L'alin. 4 de l'art. 364 dispose en outre : *Le maître est toujours tenu* (dans l'espèce du forfait) *de payer le prix intégral, encore que l'ouvrage ait exigé moins de travail qu'on ne le prévoyait* (art. 364). On vient de voir que si le marché est à forfait, l'entrepreneur ne peut demander un supplément de prix sous prétexte du renchérissement de la main-d'œuvre ou des matériaux, à moins que ce renchérissement ne soit provoqué « par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir » et dont il n'a point, par avance, assumé les risques. Comme en droit français, on doit aussi refuser toute augmentation de prix à raison de changements faits sur le plan, si ces changements n'ont pas été autorisés par le maître ; et ce dernier a même, le cas échéant, le droit d'invoquer l'art. 358. Cependant on n'a pas jugé à propos d'aller aussi loin que l'art. 1793 *in fine* du Code Napoléon. Si des circonstances extraordinaires constituent

[1] A. *T. F.* XV, 485 et s., XIX, 833, XXIX[2], 542 et s.

un empêchement absolu à l'exécution du contrat, l'entrepreneur est déchargé : *impossibilium nulla obligatio* (cfr. art. 145). Constatons que le marché ne cesserait point d'être un forfait, si, en cours des travaux, le maître avait commandé des ouvrages supplémentaires ou apporté des modifications aux plans primitifs; seulement, le prix du forfait se trouverait augmenté de la valeur des ouvrages nouveaux, quitte à déduire, éventuellement, celle d'ouvrages supprimés[1].

2° *Si le prix n'a pas été fixé d'avance ou s'il ne l'a été qu'approximativement, il doit être déterminé d'après la valeur du travail* (art. 365), — comme aussi des dépenses faites, sous réserve des droits du maître; cfr. art. 358. Si les parties ne peuvent s'entendre, le prix sera fixé par le juge, sur la base d'une expertise ou d'une descente et vue des lieux. Le maître a même, lorsque le devis est dépassé dans une mesure excessive, les droits exprimés à l'art. 366.

CHAPITRE IV

Comment le contrat prend fin.

477. Les causes d'extinction du contrat de louage d'ouvrage sont :

1° la résiliation par l'une ou par l'autre des parties; 2° la perte de l'ouvrage; 3° la mort ou l'incapacité de l'entrepreneur.

I. *Résiliation du contrat.*

478. Il importe de distinguer entre la résiliation demandée par le maître et celle requise par l'entrepreneur :

1° *Par le maître.* En principe, les conventions ne peuvent être révoquées que d'un commun accord. Exceptionnellement, l'art. 369[2] permet, dans les termes suivants, une dérogation à cette règle : *Tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître peut, en tout*

[1] *Recueil du Trib. cant. de Neuchâtel*, III, 635.

[2] *A. T. F.* XII, 369; cfr. *J. d. T.* XLV, 640 (arrêt du T. F., du 17 Juil. 1897).

temps, se désister du contrat en payant le travail effectué et en indemnisant complètement l'entrepreneur. L'exception se légitime aisément, puisque celui contre la volonté duquel la résiliation intervient est non seulement indemnisé de la perte que lui fait subir l'inexécution du contrat, mais a droit en outre à tout le bénéfice que l'exécution lui aurait procuré. Toutefois l'on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts, le profit que l'entrepreneur aurait pu retirer de marchés qu'il a refusés par suite de celui dont il était chargé ou d'ouvrages qui lui auraient probablement été confiés s'il avait pu terminer les travaux entrepris, etc. D'ailleurs, le droit pour le maître de résilier d'après l'art. 369 est absolu et totalement indépendant des art. 354, 355, 358 et s., 365 et 370; il n'a besoin ni d'expliquer ni de justifier sa décision, pourvu qu'il fournisse à l'entrepreneur un dédommagement intégral. Cette solution est toute naturelle, puisque l'ouvrage est exécuté essentiellement dans l'intérêt du maître. Notons encore que l'art. 369 ne distingue pas entre le marché avec ou sans forfait.

Le maître a aussi la faculté de résilier dans l'éventualité de l'art. 366 : *Lorsque le devis approximatif* (voir art. 365) *arrêté avec l'entrepreneur se trouve, sans le fait du maître, dépassé dans une mesure excessive, le maître a le droit, soit pendant, soit après l'exécution, de résilier le contrat* (al. 1), — en réclamant, le cas échéant, la restitution du prix déjà payé et une bonification pour la matière fournie. Si le devis a été dépassé dans une mesure excessive, sans que le maître y soit pour rien, il y a évidemment faute de l'entrepreneur, auquel l'ouvrage peut être laissé pour compte. L'entrepreneur pourra cependant se prémunir contre une résiliation dans les termes de l'art. 366, en avertissant le maître (voir art. 356) de l'augmentation forcée des dépenses et en lui demandant des directions pour la suite des travaux ; mais il va sans dire que le maître sera autorisé à répondre quand même à l'entrepreneur : vous avez mal établi votre devis ; tant pis pour vous, car j'use de mon droit de résilier ; ou bien, j'exige une évaluation du travail en conformité de l'art. 365 ; ou bien, vous m'avez induit en erreur et je me prévaudrai de l'art. 19 ou de l'art. 24. Que doit-on entendre par les mots : « mesure excessive » ? Le projet de Dresde (art. 653) disait : au delà du 10 °/₀. Notre Code abandonne cette question à la prudence du juge. Toutefois, *s'il s'agit de constructions élevées sur le fonds du maître, celui-ci peut demander un rabais* (convenable, — *angemessen*, ajoute le texte allemand) *sur le prix des travaux, ou, si la construction n'est pas achevée, en interdire la continuation à l'entrepreneur et se désister du contrat en payant une indemnité équitable pour les travaux exécutés* (al. 2). L'art. 366, al. 1, est inapplicable en cas de constructions élevées sur le fonds du maître ; dans ce cas, le maître n'a que les droits dé-

rivant de l'art. 366, al. 2[1]. Ici, il ne pourra qu'intervenir avant ou après l'achèvement des travaux et opter entre les moyens que lui accorde notre texte : réduction du prix, dans l'espèce où l'ouvrage est entièrement exécuté ; dans le cas contraire, résiliation avec indemnité équitable pour les travaux faits, ou aussi exécution du contrat dans les limites convenues, sous peine de dommages et intérêts lors d'inexécution ou d'exécution incomplète (v. art. 110 et s. et 122 et s.). Mais quand le maître a fait, sans aucune réserve et déjà pendant la construction, des avances supérieures au prix convenu, il a par cela même consenti à ce que le devis fût dépassé et il ne peut demander un rabais[2].

479. 2° *Par l'entrepreneur.* La résiliation a lieu forcément lorsque l'exécution de l'ouvrage est *impossible* (v. art. 145). Mais si — art. 370[3] — *l'exécution de l'ouvrage devient impossible par suite d'un cas fortuit survenu chez le maître* (par exemple, la matière qu'il devait fournir est perdue sans la faute de l'entrepreneur), *l'entrepreneur a droit au prix du travail effectué et au remboursement des dépenses non comprises dans ce prix* (al. 1). Si l'achèvement des travaux est rendu non point impossible, mais seulement difficile, on applique l'art. 364, al. 3. *Si c'est par la faute du maître que l'ouvrage n'a pu être exécuté, l'entrepreneur peut réclamer, en outre, des dommages et intérêts* (al. 2). Voir ci-après les cas prévus à l'art. 368.

2. *Perte de l'ouvrage.*

Il faut distinguer :

480. *Après* la livraison de l'ouvrage, l'entrepreneur n'est responsable de la perte que si elle est causée par les défauts dont il est tenu, en conformité des art. 358 et s. Lorsque l'ouvrage périt *avant* la livraison, par la faute de l'entrepreneur, celui-ci est obligé de le refaire sans pouvoir exiger du maître un supplément de prix ; si l'exécution en était désormais impossible, on appliquerait l'art. 110 (voir aussi art. 116), et, en l'absence de toute faute, l'art. 145, sous réserve de l'art. 367[4], ainsi conçu : *Si,* AVANT *d'être livré, l'ouvrage périt par cas fortuit, l'entrepreneur ne peut réclamer ni le prix de son travail, ni le remboursement de ses dépenses, à moins que le maître ne fût en demeure de prendre livraison*

[1] *J. d. T.* XXXIX, 513 et s. (arrêt du T. F., du 10 Juillet 1891).
[2] *R. j. f.* IX, 123, même arrêt que sous note précédente ; cfr. *A. T. F.* XVII, 481.
[3] *A. T. F.* XXVIII[2], 232 et s.
[4] *A. T. F.* XXIII, 1114 et s.

(v. art. 106). — *La perte de la matière est, dans ce cas, à la charge de celui qui l'a fournie.* Ce texte rend quelques explications nécessaires. En principe les risques sont, jusqu'à la livraison de l'ouvrage, supportés par l'entrepreneur, qui est propriétaire des travaux exécutés, et cela jusqu'alors. Or *res perit domino*, et cette règle s'applique aussi à celle des parties qui a fourni la matière et qui en a conservé la propriété. Si donc une maison vient à être détruite par la foudre, par un tremblement de terre, à une date où elle est à peu près terminée, mais non encore livrée, la perte est pour l'entrepreneur; celui-ci ne peut réclamer ni le prix de son travail, ni le remboursement de ses dépenses. Au contraire, si le maître a pris livraison, ou s'il est en demeure de le faire, et que l'ouvrage vienne à périr par cas fortuit, la perte est pour lui; l'entrepreneur est autorisé à formuler toutes ses réclamations en ce qui concerne son travail et ses dépenses. Mais il s'agit de déterminer exactement le sens du mot : *livraison* de l'art. 367. Le texte allemand emploie ici, au lieu du mot : *Ablieferung* des art. 357 et 363, le mot : *Uebergabe*, ces deux mots étant rendus, dans la version française, par celui de : livraison. L'art. 1788 du C. civ. fr. prenait aussi, semble-t-il, la livraison comme point de départ du déplacement des risques; mais on admet communément en France que *lex statuit de eo quod plerumque fit*, et que les risques passent au maître seulement dès l'instant de la réception, dès l'instant où l'ouvrage a été vérifié et agréé par lui, à moins qu'il ne soit en demeure. Du reste, on envisage le cas de l'art. 1788, où l'on suppose que l'ouvrier fournit la matière, plutôt comme une vente que comme un louage, et l'on dit : l'entrepreneur a vendu au maître une chose future; la vente est par conséquent faite sous la condition que la chose sera de bonne qualité; cette condition n'est remplie qu'une fois la chose vérifiée et acceptée par le maître, et c'est dès ce moment que les risques seront à la charge de ce dernier. D'après les dispositions du C. O., le contrat, même lorsque l'entrepreneur fournit la matière, est un louage, quoique la distinction puisse être souvent délicate à établir; et il convient d'en rapprocher les prescriptions des art. 1789 et 1790 C. civ. fr. (qui considèrent comme un pur louage le contrat en vertu duquel la matière est fournie par le maître). Ici, le point de départ, pour le déplacement des risques, est la *réception* de l'ouvrage. Et cette solution est très rationnelle, l'ouvrier n'ayant droit à son salaire que lorsque le travail est bien fait, et la vérification de l'existence de cette condition étant impossible après la perte de la chose. L'ancienne jurisprudence romaine adoptait cette théorie, presque toutes les législations l'ont consacrée, et il est vraisemblable que notre loi n'a point innové à cet égard. On est dès lors en droit de se demander si ce n'est point par suite d'erreur ou d'inadvertance que l'art. 367 parle d'*Uebergabe*

au lieu de : *Uebernahme*. Nous croyons que le législateur suisse n'a pas voulu s'écarter de la solution généralement acceptée.

Nous renvoyons, pour les cas fortuits survenus chez le maître, à l'art. 370, al. 1.

481. *Si l'ouvrage a péri par suite d'un défaut de la matière fournie par le maître* — art. 368 — *ou par suite du mode d'exécution prescrit par le maître, sans que l'entrepreneur ait négligé de satisfaire à l'obligation qui lui incombe aux termes de l'article 356, l'entrepreneur peut réclamer le prix du travail effectué et le remboursement des dépenses non comprises dans ce prix. — En cas de faute du maître, l'entrepreneur a droit, en outre, à des dommages et intérêts conformément à l'article 116 ; il peut demander, notamment, la bonification du gain dont il a été privé.* Si l'ouvrage a péri par suite d'un défaut de la matière fournie par *l'entrepreneur*, ou d'un défaut dans l'exécution *avant* la réception, c'est à la charge de l'entrepreneur, qui doit au surplus des dommages et intérêts. *Après* la réception, voir art. 360.

3. *Mort ou incapacité de l'entrepreneur.*

482. La mort du maître n'est pas une cause de résiliation, ni son incapacité ; mais l'une ou l'autre de ces circonstances peut motiver l'application de l'art. 369 ou de l'art. 370. *Lorsque l'entrepreneur* — art. 371 — *meurt ou devient sans sa faute* (ensuite d'une maladie, par exemple ; cfr., en cas de faute, art. 110 et suiv.) *incapable de terminer l'ouvrage, le contrat est résilié (erlischt*, prend fin sans autre) *si, en le formant, on s'est spécialement préoccupé des aptitudes personnelles de l'entrepreneur. — Le maître est tenu d'accepter la partie de l'ouvrage qui est exécutée, si elle peut lui être utile, et d'en payer le prix à proportion.* Si les aptitudes personnelles de l'entrepreneur sont indifférentes, ses héritiers sont tenus de poursuivre l'exécution du contrat. Si l'incapacité de l'entrepreneur est la conséquence de sa propre faute, on a recours aux art. 110 et s.

En cas de faillite ou de suspension de paiements de l'une des parties, nous renvoyons à l'art. 96, en faisant observer que la masse de l'entrepreneur ne peut se substituer à ce dernier si le contrat a été conclu *intuitu personae ;* voir art. 211 L. P.

TITRE TREIZIÈME

DU CONTRAT D'ÉDITION[1]

CHAPITRE PREMIER

Historique et généralités.

483. Sous ce titre, mais en *appendice*, nous traiterons, en outre, de diverses lois fédérales et conventions internationales qui se rattachent plus ou moins étroitement à cette matière *(droit d'auteur, brevets d'invention, marques de fabrique,* etc.).

484. En France, les conventions entre auteurs et éditeurs ne font l'objet d'aucune loi spéciale et le Code ne les mentionne même pas, ensorte qu'on les interprète, comme tous les autres contrats innommés, par voie d'analogie. C'est ce pays, en revanche, qui, dès 1791, a reconnu le premier le droit des auteurs sur leurs œuvres littéraires ou artistiques. Le contrat d'édition a trouvé dans la législation allemande la place qui revient à cette importante matière. En Suisse, où Ph.-A. Stapfer avait en vain essayé de faire prévaloir, dès 1798, ses vues en matière de droit d'auteur, et où le Tessin adopta, dès 1835, une loi qui protégeait au moins les auteurs indigènes (art. 1599 à 1614), le Code civil zurichois, préparé et annoté par Bluntschli, a fourni les éléments essentiels pour la ré-

[1] *Haberstich,* II, 142 et s. *Jacottet,* 227 et s. *Schneider et Fick,* 565 et s. *Hafner,* 197 et s. *Droit d'auteur,* année 1903, p. 40 et s. (un article où nous avons étudié les réformes à introduire dans le titre XIII du C. O.; voir les notes pour la littérature du sujet). *Recueil des conventions et traités concernant la propr. litt. et art.,* 1 vol. in-4°, Berne, 1904 (v., entre autres, p. 423 et s.). *Huard et Mack :* Répertoire en matière de propr. litt. et art., in-8°, Paris, 1895, entre autres, 101 et s., 117 et s.

daction de notre titre treizième ; et, comme on le verra, la propriété littéraire et artistique y est protégée depuis la loi fédérale du 23 Avril 1883. Il n'est peut-être pas superflu de rappeler ici qu'en Suisse, où l'on comptait en 1902 plus de mille journaux (95 quotidiens), la production et la consommation littéraires sont très considérables ; nous importons actuellement pour plus de 8 millions et nous exportons pour plus de 3 millions de livres et cartes, sans parler des œuvres musicales, des lithographies, etc.

485. Le contrat d'édition a pour objet la publication d'œuvres littéraires ou artistiques, par quoi l'on doit entendre notamment, celles énumérées à l'art. 4 de la Convention internationale du 9 Septembre 1886 (voir *appendice* ci-après).

CHAPITRE II

Nature et objet du contrat d'édition.

486. Les art. 372 et s. du Code fédéral des obligations ont uniquement pour objet de régler, à défaut de conventions particulières, les rapports entre auteurs et éditeurs.

Le contrat d'édition est, d'après l'art. 372, *un contrat par lequel l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique ou ses ayants cause* (héritiers, donataires, légataires, créanciers) *s'engagent à remettre cette œuvre à un éditeur qui, de son côté, s'oblige à la publier, c'est-à-dire à la reproduire en un nombre plus ou moins grand d'exemplaires et à la répandre dans le public.* Il importe peu que les « œuvres artistiques » se rattachent à la musique ou aux beaux-arts, et les photographies y sont comprises. Une fois que le manuscrit est livré, l'éditeur doit en préparer la publication, sauf convention contraire (cfr. art. 117), dès la première interpellation de l'auteur, et cela dans les délais prévus ou dans des délais raisonnables à fixer par le juge en cas de contestation. On voit que le paiement d'honoraires à l'auteur n'est pas un élément essentiel du contrat d'édition ; des honoraires sont dus lorsque l'éditeur en a expressément promis, ou lorsque, d'après les circonstances, il devait supposer que la livraison de l'œuvre n'était pas gratuite (v. art. 383 et s.). L'art. 372 consacre le droit de propriété de l'auteur et s'inspire, en conséquence, de la notion de la propriété intellectuelle.

Cette notion, si longtemps contestée, sera bientôt universellement admise. Pourquoi le droit de l'auteur sur une œuvre qui est le résultat de son travail et de ses talents, qu'il a créée et qui est sa chose, ne serait-il pas assimilé à un droit de propriété ? Pourquoi ne pourrait-il pas être transféré à l'égal d'un droit sur un bien mobilier ou immobilier, sous certaines conditions spéciales (voir, entre autres, art. 378) ?

Rappelons encore que le *Kommissionsverlag* des Allemands est soumis aux règles du contrat de commission et du louage de services.

486 *bis*. L'art. 372 ne tranche pas directement une question importante. Il arrive souvent que l'auteur cède sans réserve le manuscrit ou l'original de son œuvre, en propriété, sans rien spécifier quant aux effets particuliers de cette cession. Constatons d'abord que, sauf convention contraire, il est tacitement entendu que l'œuvre sera publiée. Mais une semblable cession, qui tient du double caractère du contrat d'édition et de la vente, ne confère pas à l'éditeur un droit de disposition absolu. Il ne peut altérer ni la forme, ni la valeur de l'objet cédé, car l'auteur n'a pas aliéné les espérances de succès et de renommée qu'il a pu fonder sur la publicité de son travail. Cette cession, en d'autres termes, implique un contrat d'édition régi par les art. 372 et s. applicables par analogie. L'auteur pourra donc exiger que son œuvre soit publiée exactement comme il l'a conçue, sans modifications ou suppressions non consenties par lui ; il pourra l'améliorer en vertu de l'art. 379 ; il pourra exiger aussi l'observation de l'art. 379, al. 2, concernant de nouvelles éditions ; il aura droit au nombre usuel d'exemplaires d'auteur ; il aura la faculté de corriger les épreuves, etc.

486 *ter*. De sa nature, le contrat d'édition participe de la vente et du louage, sauf dans le cas de l'art. 391, où il n'est autre chose qu'un louage de services. *A moins de stipulations spéciales*, ajoute l'art. 373[1], *le contrat transfère à l'éditeur l'exercice du droit d'auteur, pour autant et aussi longtemps que l'exécution de la convention l'exige*. En vertu du contrat d'édition, et pour toute sa durée, l'éditeur est, en principe, propriétaire de l'œuvre ; c'est à lui qu'il appartient de faire respecter sa propriété, de porter plainte pour contrefaçon, etc. Il a une action en *garantie* contre l'auteur, si le droit cédé n'existait pas ou n'existait qu'en partie. Comme l'exprime l'art. 374 : *Celui qui cède l'œuvre à publier doit avoir, au moment du contrat, le droit d'en disposer dans ce but ; il est garant de cette circonstance envers l'éditeur. — Si tout ou partie*

[1] *Sem. jud.*, 1898, 10 (l'art. 373 oblige l'éditeur non seulement à reproduire l'œuvre mais à la répandre dans le public, et l'éditeur est responsable de la manière selon laquelle il s'acquitte de cette obligation).

de l'œuvre a déjà été cédée à un autre éditeur, ou s'il est à sa connaissance qu'elle ait été publiée de quelque autre façon, il est tenu de le déclarer avant de conclure le contrat. Il ressort de ce texte que la garantie légale de l'auteur porte exclusivement sur le fait que son œuvre, à sa connaissance, n'a été éditée ni en tout ni en partie. L'auteur n'est pas responsable, à moins d'une convention formelle extensive de la garantie de droit, d'abus qui auraient eu lieu de son œuvre, à son insu. Inutile d'ajouter que la garantie de droit peut être restreinte aussi, que l'auteur peut céder ses droits sur une œuvre déjà publiée, pour une seconde édition, par exemple, s'il n'avait à l'origine vendu que la première. La loi fédérale du 23 Avril 1883 détermine au surplus, à quelles personnes il appartient de céder une œuvre pour être reproduite et répandue dans le public (voir l'*appendice* ci-après). Nous avons proposé, dans l'étude citée précédemment en note, de compléter le texte ci-dessus par une série de dispositions destinées à sauvegarder mieux le légitime intérêt qu'a l'éditeur à ne pas se trouver, au moment fixé pour la livraison de l'œuvre, en présence d'un auteur qui n'a rien fait, qui a mal fait ou qui n'a exécuté qu'à moitié ses engagements (cfr. art. 354 et s., en matière de louage d'ouvrage).

487. Les droits dérivant du contrat d'édition sont-ils *cessibles ?* La loi allemande de 1901 (art. 28) a réglé ce point en détail. Assurément, le contrat d'édition est l'une de ces conventions où l'*intuitus personae* tient une grande place. Mais son incessibilité constituerait décidément une atteinte trop grave portée aux droits de l'éditeur et les motifs qu'on a invoqués en Allemagne pour ne pas la statuer nous paraissent décisifs. Toute stipulation contraire réservée. l'éditeur pourra, en conséquence, selon nous, céder son contrat, sauf à répondre, envers l'auteur, de toutes les obligations découlant du dit contrat au jour de la cession. La nature des relations créées entre parties commande cette solution.

487 *bis*. La propriété qu'un éditeur acquiert sur une œuvre est temporaire. Même si la cession du droit d'auteur avait été faite sans réserve, la législation ne protège la propriété intellectuelle que dans une certaine mesure ; ainsi, d'après notre loi fédérale de 1883, pendant la vie de l'auteur et trente ans après le décès. En conséquence, l'auteur ne transfère à l'éditeur qu'un droit de propriété soumis aux mêmes conditions. Il va sans dire qu'il a la faculté de céder son œuvre pour une année ou six mois seulement, ou pour une édition, ou pour deux ou plusieurs, etc. Mais *tant que les éditions que l'éditeur a le droit de faire ne sont pas épuisées, l'auteur et ses ayants cause ne peuvent disposer à son préjudice ni de l'œuvre entière, ni d'aucune des parties de l'œuvre* (art. 375) ; cfr. loi allem. de 1901, art. 4. L'auteur ne peut donc, en principe,

faire ni par lui-même, ni par un tiers, une autre édition du même ouvrage, même en le résumant ou en le complétant, ni le faire entrer dans une œuvre collective ou dans une édition complète de ses œuvres. Il ne lui est cependant pas interdit de reproduire certains passages de son œuvre dans un autre volume, pourvu que ces fragments ne soient pas trop importants. Quant à la reproduction des articles de journaux ou de revues, il faut appliquer l'art. 376 : *Les articles de journaux et les articles isolés* (rétribués ou non) *de peu d'étendue, insérés dans une revue, peuvent toujours être reproduits ailleurs par l'auteur ou ses ayants cause. — Les travaux qui font partie d'une œuvre collective* (dictionnaire, encyclopédie) *et les articles de revue d'une étendue plus considérable, ne peuvent être reproduits par eux avant l'expiration d'un délai de trois mois à partir du moment où la publication a été achevée.* Cette disposition est basée sur le fait d'expérience, qu'après quelques jours, et, dans tous les cas, au bout d'un temps relativement court, les revues et les journaux ont comme tels atteint leur but, si bien qu'il doit être indifférent à l'éditeur du journal ou de la revue de voir ses articles réimprimés. C'est au juge de décider, dans chaque espèce, si un article de revue tombe sous l'application du premier ou du second alinéa de l'art. 376. Mais tous les articles de journaux qui ne sauraient former par eux-mêmes une œuvre indépendante, comme ce serait le cas d'un feuilleton, d'une étude de longue haleine, etc., peuvent être reproduits par l'auteur ou ses ayants cause, immédiatement après leur publication.

488. Intercalons encore dans ce chapitre l'art. 382 : *Sauf convention contraire avec l'éditeur, le droit de traduction demeure réservé à l'auteur ou à ses ayants cause,* — ceci en dérogation au principe de l'art. 375 (v. aussi art. 391). Le droit de traduction est protégé pendant cinq ans par notre loi fédérale de 1883.

CHAPITRE III

Droits et obligations de l'éditeur.

489. L'obligation principale de l'éditeur est de reproduire l'œuvre et de la répandre dans le public. C'est lui qui, sauf convention contraire, doit faire les frais d'impression et de vente. C'est le contrat qui fixe le nombre des éditions. *Si,* dit l'art. 377, *le contrat ne*

précise pas le nombre des éditions à faire, l'éditeur n'a le droit d'en publier qu'une seule. — A défaut de convention, l'éditeur est libre, pour chaque édition, de fixer le chiffre des exemplaires. Mais il est tenu, si l'auteur l'exige, d'en faire imprimer tout au moins un nombre suffisant pour donner à l'ouvrage une publicité convenable; une fois le premier tirage terminé, il ne peut plus en faire de nouveaux. La loi ne détermine pas un maximum d'exemplaires pour l'édition, mais dès que le tirage est achevé, il n'est plus permis à l'éditeur d'en opérer un second, un troisième, etc., pour augmenter le chiffre de l'édition, chiffre qui doit correspondre à celui du premier tirage. Un tirage subséquent ne serait pas envisagé autrement que comme une nouvelle édition. Dans la pratique, pour les œuvres qui sont destinées à une grande publicité, on conserve généralement la composition après un premier tirage, pour l'utiliser ensuite selon les besoins de la vente; et si des honoraires ont été stipulés, l'auteur reçoit tant par exemplaire ou par centaine d'exemplaires écoulés. M. Haberstich remarque avec raison que la disposition restrictive de l'art. 377, en ce qui concerne le nombre des éditions, ne s'applique en réalité qu'aux œuvres littéraires, scientifiques et musicales, à l'égard desquelles le mot édition a un sens. Pour les œuvres artistiques, reproduction de tableaux, dessins, etc., on ne parle pas d' « édition », ensorte que l'éditeur, toutes conventions particulières sur ce point réservées, n'est nullement limité ni quant au chiffre, ni quant au mode de la reproduction des œuvres de cette catégorie. Tout spécialement, l'original peut êre reproduit aussi longtemps que son état le permet, mais l'éditeur ne peut le renouveler sans autorisation.

490. En outre, l'art. 378 établit le mode de reproduction suivant: *L'éditeur est tenu de reproduire l'œuvre sous une forme appropriée à son importance, sans aucune abréviation, addition ou modification qui n'ait été consentie par l'autre partie. Il doit faire les annonces nécessaires et prendre les mesures habituelles pour assurer la vente. — C'est lui qui fixe les prix, sans toutefois pouvoir les élever de façon à entraver l'écoulement de l'ouvrage.* Nous avons fait observer précédemment que le transfert du droit de propriété de l'auteur sur son œuvre était soumis à des conditions spéciales. En effet, tandis que l'aliénateur d'une chose mobilière ou immobilière ne poursuit en général qu'un but, celui d'obtenir le prix le plus avantageux, l'auteur, même si la question d'argent ne lui est point indifférente, recherchera la notoriété, la popularité, la gloire; il tiendra à ce que le travail de son esprit soit rendu accessible au public, autant que faire se pourra, et à ce que ce travail soit reproduit d'une manière satisfaisante par l'éditeur. De là l'art. 378. L'éditeur a l'obligation stricte de publier l'œuvre, sans changement, à ses frais (sauf réserve du contraire), et de pourvoir

à ce qu'elle soit répandue comme il convient. Si rien d'autre n'a été déterminé, c'est lui qui est autorisé à choisir le mode de publication le plus approprié (format, papier, impression, etc.); il a aussi le droit de fixer le prix, moyennant qu'il ne l'élève à l'excès et n'entrave point, par un prix exagéré, l'écoulement de l'ouvrage. Ajoutons que le produit de la vente lui appartient, si le contraire n'a pas été stipulé (cfr. cependant art. 383). Mais si l'ouvrage est illustré, les illustrations seront réparties dans le texte conformément aux indications de l'auteur, et la défense faite à l'éditeur de modifier l'œuvre s'applique aussi bien au titre et à la préface, qu'à l'œuvre même, sous réserve de l'art. 379 *in fine*.

491. Une autre conséquence de la nature particulière du droit de propriété transféré à l'éditeur par l'auteur, nous est signalée en ces termes par l'art. 379: *Tant que ses facultés le lui permettent, l'auteur conserve le droit d'apporter à son œuvre les corrections et améliorations qu'il juge nécessaires; s'il impose par là à l'éditeur des frais imprévus, il lui en doit la récompense. — L'éditeur ne peut faire une nouvelle édition sans avoir mis, au préalable, l'auteur en mesure de faire les changements nécessaires* (ceci pour autant que le contrat lui permet de publier une nouvelle édition). — *Ce droit est personnel à l'auteur, il ne passe pas à ses héritiers. — Au surplus, l'éditeur conserve la faculté de s'opposer aux changements qui porteraient atteinte à ses intérêts commerciaux ou à son honneur, ou qui augmenteraient sa responsabilité.* Le juge décide souverainement, si telle ou telle modification de l'auteur est conciliable avec les droits de l'éditeur. Il est bien entendu que l'éditeur devra supporter, à moins qu'ils ne dépassent la mesure ordinaire, les frais occasionnés par la correction des épreuves.

On n'a pas, avec raison, tenu compte d'un vœu de la Société suisse des libraires, d'après lequel une nouvelle édition, sans impression nouvelle, mais avec titre nouveau, pourrait se faire sans que l'auteur fût consulté. En effet, l'auteur peut être froissé de ce qu'on ait recours, pour assurer la réussite d'un ouvrage, à ces petites habiletés. D'autre part, l'emploi de *stéréotypes* n'est permis, que sous la condition de respecter les droits de l'auteur, tels qu'ils résultent de l'art. 379 (cfr. *Verlagsordnung* des éditeurs allemands, art. 14).

492. *Si la convention donne à l'éditeur le droit de faire plusieurs éditions ou toutes les éditions d'un ouvrage, et qu'il néglige de préparer une nouvelle édition après que la dernière est épuisée, l'auteur ou ses ayants cause peuvent lui faire fixer par le juge un délai pour la publication d'une nouvelle édition. S'il ne s'exécute pas dans ce délai, l'éditeur est déchu de son*

droit (art. 380). L'auteur a sans doute, même à défaut d'une stipulation expresse, le droit de réclamer un état détaillé et convenablement justifié des résultats de la vente, car le droit que lui accorde l'art. 380 est absolu et l'état dont il s'agit est indispensable pour que l'auteur ou ses ayants cause puissent invoquer cette disposition légale. Si, la dernière édition épuisée, l'éditeur refuse d'en publier une nouvelle dans le délai déterminé par le juge, il est « déchu de son droit », c'est-à-dire qu'il n'a plus aucun droit à publier l'œuvre ultérieurement et que l'auteur est rentré en possession de son ouvrage. Dans ce cas, l'auteur n'est pas tenu de rendre les honoraires perçus, même ceux qui lui auraient été payés pour des éditions à l'égard desquelles l'éditeur a encouru la déchéance de l'art. 380. Peut-il réclamer, s'ils ne lui ont pas encore été versés, les honoraires prévus pour l'édition ou les éditions que l'éditeur est déchu du droit de publier ? Non, mais il pourra actionner en dommages et intérêts (v. art. 122 et 124).

493. *L'éditeur* — art. 381 — *qui a acquis le droit de publier différentes œuvres du même auteur, n'a pas, par là même, celui d'en faire une publication d'ensemble. — De même, le droit de faire une publication d'ensemble, c'est-à-dire d'éditer les œuvres complètes d'un auteur ou toute une catégorie de ses œuvres, n'implique pas pour l'éditeur le droit de publier séparément les divers ouvrages qui y figurent.* Relativement aux droits de l'auteur, voir les art. 375 et 376 : l'auteur ne peut publier une édition d'ensemble de ses œuvres que sous les conditions posées par ces prescriptions de la loi. S'il s'agit d'articles de journaux ou de revues, ou d'articles faisant partie d'une œuvre collective, il peut les insérer dans une édition d'œuvres complètes, sous réserve du délai de trois mois de l'art. 376 *in fine*. S'il s'agit d'autres ouvrages, cette faculté ne lui est accordée que si les éditions vendues sont épuisées (art. 375).

494. Nous savons que, sauf convention contraire, le *droit de traduction* (cfr. art. 382) est un privilège de l'auteur, à moins qu'il n'ait cédé la propriété même de son œuvre [1] ; c'est à lui qu'il appartiendrait également de remanier celle-ci, de tirer un livret d'opéra d'un poème, un drame d'un roman, etc.

Quant à l'obligation de payer des *honoraires*, voir les art. 383 et s.

494 *bis*. Notre Code ne règle pas la question des *exemplaires d'auteur*. A défaut de convention, l'on s'en rapportera aux usages

[1] *Droit d'auteur*, 1902, p. 67 (arrêt du Trib. cant. de Neuchâtel, du 15 Novembre 1900); *ibid.*, 1903, p. 43, note 2.

qui existent en cette matière, et qui prévoient la remise d'un certain nombre d'exemplaires gratuits, un et demi ou deux pour cent du chiffre de l'édition, quand le chiffre ne dépasse pas mille exemplaires.

495. Mentionnons encore ici la disposition de l'art. 387, que nous retrouverons et qui a trait au cas dans lequel l'édition préparée par l'éditeur périt en tout ou en partie, avant la mise en vente.

CHAPITRE IV

Droits et obligations de l'auteur.

496. Nous avons déjà constaté, à propos de l'art. 379, que l'auteur conserve le droit d'apporter à son œuvre tous changements qu'il juge nécessaires, et que l'éditeur doit le mettre en mesure d'exercer ce droit avant de faire une nouvelle édition, — ceci pour autant que les facultés intellectuelles de l'auteur sont intactes. Pour le droit de *traduction*, voir nos 488, 494, 504 et 505.

497. L'éditeur doit, en principe, à l'auteur des honoraires qui peuvent consister, soit en une somme fixe pour la publication de toutes les éditions de l'œuvre, soit en une certaine somme pour une édition, soit en un tant pour cent sur le prix de chaque exemplaire vendu, etc. L'auteur peut aussi être payé à la ligne, à la page, par feuille d'impression, etc. *Celui qui donne une œuvre à éditer*, dispose l'art. 383, *est réputé, même à défaut de stipulation expresse, avoir droit à des honoraires, lorsque les circonstances ne permettent pas de supposer qu'il ait entendu renoncer à toute rémunération. Le chiffre des honoraires est fixé par le juge, sur l'avis d'experts*, — qui tiendront compte de l'importance de l'ouvrage et des frais d'édition, du prix de l'exemplaire et du chiffre de la vente. Lorsque l'ouvrage émanera d'un auteur inconnu ou d'une notoriété restreinte, lorsque l'ouvrage ne sera destiné qu'à un petit cercle de lecteurs, il faudra décider que l'auteur n'a point droit à des honoraires, s'il ne lui en a pas été promis. Le montant des honoraires convenus est, à moins d'indications précises du contraire, présumé fixé pour chaque édition ; aussi l'art. 384 dit-il : *Si l'éditeur a le droit de faire plusieurs éditions, les stipulations relatives aux honoraires, et, en général, les diverses conditions fixées pour la première édition sont présumées s'appliquer à chacune des sui-*

vantes. Même si les éditions ultérieures sont inégalement fortes, le chiffre des honoraires reste le même, à moins d'un arrangement différent; la présomption légale de l'art. 384 exclut toute autre interprétation. En principe, l'auteur est autorisé à réclamer des honoraires, même sans que l'éditeur se soit engagé à lui en payer. Mais l'art. 391 prescrit: *Lorsqu'un ou plusieurs auteurs s'engagent à élaborer un ouvrage d'après un plan que leur fournit l'éditeur, ils n'ont droit qu'aux honoraires* STIPULÉS. *L'éditeur jouit* (dans ce cas) *d'un droit de publication illimité*. Il n'est pas tenu de reproduire l'ouvrage, ni de le répandre dans le public, car il acquiert un droit de propriété absolu sur le travail de ses co-contractants. Il possède le droit de traduire et de remanier l'œuvre à son gré, pourvu, naturellement, que cette transformation de l'œuvre ne porte pas préjudice au bon renom des auteurs. L'art. 391 a trait à ces œuvres collectives si fréquemment entreprises de nos jours : encyclopédies, recueils d'ouvrages publiés sous un titre général, etc. Et d'ailleurs, il s'applique seulement dans l'hypothèse où le plan tracé par l'éditeur est la chose principale, et où l'auteur loue ses services ; lorsque l'éditeur se borne à soumettre un plan à l'auteur, en laissant toute liberté à ce dernier, nous retombons dans le contrat d'édition proprement dit.

498. *Les honoraires sont exigibles* — art. 385 — *dès que l'œuvre entière, ou si elle parait par parties détachées (volumes, fascicules, feuilles), dès que chaque partie est imprimée et prête pour la vente*. L'éditeur ne peut retarder arbitrairement l'impression, et, du même coup, le paiement des honoraires. Du reste, la circonstance que l'ouvrage ne se vend pas ou se vend mal ne l'autorise point à retenir, à réduire ou à répéter les honoraires que la convention ou la loi (art. 389) attribue à l'auteur. Le Code saxon (art. 1143) et le projet de Dresde (art. 666) consacraient un autre système : Quand les honoraires avaient été stipulés en bloc, soit pour tout l'ouvrage, soit pour une de ses parties, ils étaient payables au moment de la remise du manuscrit ; ils l'étaient seulement après l'impression de l'ouvrage entier ou de la portion de l'ouvrage faisant l'objet de la convention, lorsqu'ils étaient stipulés payables à tant la feuille.

499. *Lorsque la question des honoraires* — art. 386 — *dépend en tout ou en partie du résultat de la vente, l'éditeur est tenu d'établir selon l'usage son compte de vente et d'en fournir la justification*. Lorsque le résultat de la vente est sans importance pour la fixation des honoraires, l'auteur n'est pas autorisé à réclamer l'état dont il s'agit, à moins qu'il ne croie le moment venu de lancer une seconde ou nouvelle édition et que l'éditeur ne lui en conteste le droit, sous le prétexte qu'il reste des volumes invendus.

500. *Lorsque l'œuvre* — art. 387, — *après avoir été livrée à l'éditeur, périt par cas fortuit, l'éditeur n'en est pas moins tenu du paiement des honoraires. — Mais, si l'auteur possède un second exemplaire de l'œuvre qui a péri, il doit le mettre à la disposition de l'éditeur, et, s'il peut la refaire sans trop de peine, il y est tenu moyennant une juste indemnité, dans les deux cas.* Cette indemnité comprendra essentiellement les frais de copie, dans le premier cas, et dans le second, en outre, ceux du travail occasionné à l'auteur qui a dû refaire son ouvrage. Toutefois la non-publication, qui est le résultat d'un cas fortuit, n'oblige pas l'éditeur à des dommages et intérêts. Si l'ouvrage périt avant d'avoir été livré à l'éditeur, la perte, suivant qu'il y a faute ou non de l'auteur, s'apprécie conformément aux dispositions des art. 110 et s. ou 145. Cfr. loi allem. de 1901, art. 33, alin. 3 *in fine*.

Si, antérieurement à la mise en vente, l'édition déjà préparée par l'éditeur périt en tout ou en partie par cas fortuit, l'éditeur a le droit de faire rétablir à ses frais les exemplaires détruits, sans que l'auteur ou ses ayants cause puissent prétendre à de nouveaux honoraires (art. 388). Le projet de 1879 portait que l'auteur avait le droit d'exiger ce rétablissement, en cas de destruction partielle de l'édition. Cette prescription fut supprimée comme imposant une charge excessive à l'éditeur, car ce dernier, « en préparant une fois pour toutes l'édition, a rempli ses obligations contractuelles, autant que cela dépendait de lui, et si la vente est rendue impossible par accident, ou pour cause de force majeure, il ne peut, selon les principes posés à l'art. 151 (ancien, — art. 145 actuel) être tenu à rien de plus[1] ». Si l'éditeur, n'usant point de la faculté de l'art. 388, ne rétablit pas l'édition, l'auteur ne peut réclamer de ce chef, mais il est fondé à prétendre, s'il avait cédé son droit à raison de tant par volume vendu, à tout le profit qu'il aurait pu réaliser par la vente des exemplaires détruits et non rétablis. Le cas fortuit frappe donc, ou peut frapper l'une et l'autre des parties. Lorsque c'est postérieurement à la mise en vente que l'édition déjà préparée par l'éditeur périt en tout ou en partie, celui-ci n'est pas autorisé à la rétablir et la situation est, eu égard à l'auteur, la même que si les exemplaires détruits avaient été vendus, sauf qu'il ne peut faire valoir ses droits à une part correspondante du bénéfice qu'eût produit la vente, s'il s'était réservé un profit de cette nature. En cas de faute de l'éditeur, on applique les principes généraux des art. 110 et s.

---

[1] *Rap. Com. Cons. des Etats*, 18.

CHAPITRE V

Comment finit le contrat d'édition.

501. Le contrat d'édition est, comme le louage d'ouvrage, conclu en vue de la personne de l'auteur. Aussi la mort de ce dernier a-t-elle pour conséquence la résolution du contrat. *Le contrat*, dit l'art. 389, *s'éteint par le fait qu'avant l'achèvement de l'œuvre, l'auteur vient à mourir, ou devient incapable de la terminer, ou se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de la terminer* (al. 1). Si la mort survient après l'achèvement de l'œuvre, elle est sans influence sur le contrat, qui subsiste entre l'éditeur et les ayants cause de l'auteur. La mort de l'éditeur n'empêche nullement le contrat de sortir tous ses effets. Si l'œuvre n'est pas terminée, mais que la partie achevée soit utilisable, on peut dire sans doute, en s'appuyant sur le texte de l'art. 371, al. 2, que l'éditeur « est tenu d'accepter la partie de l'ouvrage qui est exécutée, si elle peut lui être utile, et d'en payer le prix à proportion ». Peut-il contraindre les ayants cause de l'auteur ou l'auteur devenu incapable à lui livrer la ou les portions achevées de l'ouvrage ? Le deuxième alinéa de l'art. 389 répond à cette question : *Néanmoins, dans les cas exceptionnels où le maintien intégral ou partiel du contrat paraîtrait possible et équitable, le juge a la faculté de l'ordonner et de prescrire les mesures nécessaires.* Supposons un manuscrit, un tableau, une statue, une œuvre enfin laissée dans un état tel qu'il soit possible de l'achever sans difficulté et sans nuire à la réputation de l'auteur, le juge pourra contraindre les ayants cause de celui-ci à la livrer et ordonner que l'achèvement de l'œuvre soit confié à une personne compétente.

502. La résiliation du contrat d'édition est soumise aux règles générales des art. 110 et s. Voir, en particulier, l'art. 380.

503. L'auteur peut, en principe, rompre unilatéralement le contrat, lorsque l'éditeur tombe en faillite, ensorte que la faillite de son co-contractant lui donne des droits aussi étendus que ceux exprimés

à l'art. 96; cfr. art. 211 L. P. *En cas de faillite de l'éditeur*, — art. 390, — *l'auteur ou ses ayants cause peuvent remettre l'œuvre à un autre éditeur, à moins qu'ils ne reçoivent des garanties pour l'accomplissement des obligations ultérieures*[1] *du failli*. Mais si l'œuvre est imprimée et mise en vente, l'auteur n'a plus que le droit d'intervenir dans la faillite de son débiteur. Si l'éditeur est en demeure au sujet de l'une ou de l'autre de ses obligations, l'auteur peut recourir à l'art. 122.

APPENDICE

1. Protection de la propriété littéraire et artistique[2].

504. Longtemps la Suisse n'a pour ainsi dire protégé, sur son territoire, que la propriété littéraire et artistique des auteurs étrangers; elle était liée à cet égard par diverses conventions internationales. Les auteurs indigènes n'ont guère (voir n° 484) été protégés que depuis l'entrée en vigueur de la *loi fédérale du 23 Avril 1883*, dont nous nous bornerons à transcrire ou à résumer les dispositions essentielles.

« La propriété littéraire et artistique, nous dit l'art. 1 de la loi précitée, consiste dans le droit exclusif de reproduction ou d'exécution des œuvres de littérature et d'art »; elle comprend le *droit de traduction*, dont l'auteur ou ses ayants cause ont le monopole, s'il en est fait usage dans les cinq ans à partir de l'apparition de l'œuvre dans la langue originale. Cette propriété, qui s'étend au titre comme au texte de l'ouvrage, est protégée pendant la vie de l'auteur et pendant trente ans à partir de son décès, ou, s'il s'agit d'une œuvre publiée par la Confédération, par un canton, une personne juridique ou une société, pendant trente ans à dater de la publication, le *dies a quo* des trente ans s'établissant ici par une inscription

[1] Les mots « obligations ultérieures » ne rendent pas exactement le sens du texte allemand, qui parle de: *nicht verfallene Verbindlichkeiten (obligationi non ancora scadute*, dit le texte italien). On aurait donc dû traduire: « pour l'accomplissement des *obligations non encore échues* au moment de la faillite ».

[2] *Das schw. Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht*, etc., par M. le prof. A. d'Orelli. *L'Union intern. pour la protection*, etc., par M. Ch. Soldan, Paris, 1888. Le *Droit d'auteur*, organe officiel de l'Union, paraissant depuis 1888. *Die intern. Unionen*, etc., par M. le prof. Meili, Zurich, 1889, etc. Du même (Zurich, 1891): *Die schw. Gerichtspraxis über das litterarische, künstlerische und industr. Eigenthum*. *J. Gfeller:* La protection de la propr. intellectuelle en Suisse, in-8°, Lausanne, 1895 (voir en outre, pour la bibliographie du sujet, note en tête du présent titre). *Recueil*, op. cit., 423 et s.

obligatoire faite dans les trois mois au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle.

Il est fait quelques exceptions au droit exclusif dérivant de la propriété littéraire et artistique, en ce qui concerne, par exemple : la reproduction d'extraits ou de morceaux entiers d'ouvrages littéraires ou scientifiques dans des critiques, des histoires littéraires, des recueils destinés à l'enseignement, à condition que les sources soient indiquées, — la reproduction fragmentaire d'œuvres d'art (dessin) dans des livres scolaires, — la reproduction, dans un recueil pour l'école ou l'église, de petites compositions musicales, — l'exécution ou la représentation d'œuvres dramatiques, musicales ou dramatico-musicales, organisée sans but de lucre, — la reproduction des lois et décisions des autorités, des articles extraits de journaux ou de revues avec indication de la source (à moins que l'auteur ne l'ait expressément interdite), des objets d'art qui se trouvent dans les rues ou les places publiques, etc.

Toute atteinte portée au droit d'auteur donne lieu à une action en dommages et intérêts et entraîne, dans certains cas, une amende. Nous signalons enfin l'art. 10 de la loi de 1883 : le bénéfice légal de la protection s'étend à toutes les œuvres d'auteurs domiciliés en Suisse lors de l'apparition ou de la publication, à toutes les œuvres parues ou publiées en Suisse, dont les auteurs seraient domiciliés à l'étranger, ainsi qu'aux œuvres étrangères sous réserve de la réciprocité de traitement. Voir aussi le Règlement d'exécution du 23 Décembre 1883.

505. La Suisse a adhéré à la *Convention de Berne du 9 Septembre 1886* créant une Union internationale (entre l'Allemagne, la Belgique, la France, la Grande-Bretagne, l'Espagne, l'Italie[1], etc.) « pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques ». La durée de l'Union est indéterminée ; la dénonciation doit avoir lieu une année à l'avance.

Les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants cause, jouissent dans les autres pays pour leurs œuvres, soit publiées pour la première fois dans l'un de ces pays, soit non publiées, et même posthumes, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux (art. 2, al. 1)[2], moyennant accomplir les formalités prescrites dans le pays d'origine de l'œuvre, c'est-à-dire celui de sa première publi-

[1] Ont adhéré à la Convention de 1886, depuis cette date, le Danemark, le Japon, le Luxembourg, Monaco et la Norvège. L'Union comprend aujourd'hui 14 pays avec une population de près de 700 millions d'habitants.

[2] Les art. 2, 3, 5, 7, 12 et 20 ont été modifiés par un Acte additionnel du 4 Mai 1896, dont nous tenons compte dans le texte ; cfr. aussi la Déclaration interprétative de même date.

cation, ou si cette publication s'est faite simultanément dans plusieurs pays de l'Union, celui d'entre eux dont la loi prévoit la durée de protection la plus courte, ou, s'il s'agit d'œuvres non publiées, celui dont l'auteur est le ressortissant. En tout cas, la protection n'excède jamais, dans les autres pays, la durée de la protection accordée dans le pays d'origine. Le bénéfice de la Convention de Berne appartient aussi aux éditeurs d'œuvres littéraires ou artistiques publiées dans un des pays de l'Union, quand bien même le pays dont l'auteur est originaire n'aurait pas adhéré à la dite Convention.

Que doit-on entendre par « œuvres littéraires et artistiques » ? L'art. 4 comprend sous cette dénomination : « les livres, brochures ou tous autres écrits ; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, les compositions musicales avec ou sans paroles ; les œuvres de dessin, de peinture, de sculpture, de gravure ; les illustrations, les lithographies, les cartes géographiques ; les plans, croquis et ouvrages plastiques, relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences en général ; enfin, toute production quelconque du domaine littéraire ou artistique, qui pourrait être publiée par n'importe quel mode d'impression ou de reproduction ». Quant aux photographies originales, elles ne sont protégées que dans les pays où elles sont assimilées à une œuvre artistique proprement dite (France, Suisse, etc.).

Le *droit de traduction* est protégé en ces termes (art. 5 mod.) : « Les auteurs ressortissant à l'un des pays de l'Union, ou leurs ayants cause, jouissent dans les autres pays du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs œuvres pendant toute la durée du droit sur l'œuvre originale. Toutefois, le droit exclusif de traduction cessera d'exister lorsque l'auteur n'en aura pas fait usage dans un délai de dix ans à partir de la première publication de l'œuvre originale, en publiant ou en faisant publier, dans un des pays de l'Union, une traduction dans la langue pour laquelle la protection sera réclamée ».

Il est permis de reproduire et de traduire les articles de journaux ou autres périodiques, à moins que les auteurs ou leurs ayants cause ne l'aient expressément interdit ; cette interdiction ne saurait s'étendre aux articles de discussion politique, ni à la reproduction des nouvelles du jour et des « faits divers », mais bien aux romans-feuilletons et nouvelles parus dans des journaux ou des recueils périodiques d'un des pays de l'Union.

Les prescriptions de l'art. 2 s'appliquent à la représentation publique des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, que ces œuvres soient publiées ou non, ainsi qu'à l'exécution publique des œuvres musicales, éditées ou non, quand, sur le titre ou en tête de l'ouvrage, l'exécution publique en a été interdite.

Pour la constatation de la qualité d'auteur, pour les présomptions

établies sur ce point, etc., nous renvoyons aux art. 11 et s. de la Convention. Les œuvres contrefaites peuvent être saisies, toute action en dommages et intérêts réservée.

2. Protection de la propriété industrielle[1].

506. Nous croyons devoir ajouter à cette place quelques renseignements, très sommaires, sur la protection légale des *marques de fabrique*, des *inventions*, des *dessins et modèles* industriels.

507. Sont considérées comme « marques de fabrique » et protégées par la *loi fédérale du 26 Septembre 1890* (cfr. Règlement d'exécution du 7 Avril 1891 et loi féd. du 29 Juin 1894), « les raisons de commerce, ainsi que les signes appliqués sur les produits ou marchandises, industriels ou agricoles, ou sur leur emballage, à l'effet de les distinguer et d'en constater la provenance ». Les raisons de commerce suisses sont protégées *ipso jure*, moyennant l'accomplissement des formalités prévues aux art. 859 et s. C. O. ; en dehors de ce cas, la marque doit être déposée et enregistrée conformément aux art. 12 et s. de la loi qui nous occupe, et l'enregistrement en sera rendu public dans la Feuille officielle fédérale, cette dernière condition étant aussi essentielle que les autres. Pour jouir des droits résultant de l'enregistrement, il est nécessaire que la marque se distingue, par des caractères essentiels, de celles dont l'enregistrement est déjà effectué, que l'ensemble de la marque, en d'autres termes, diffère suffisamment d'une marque déposée auparavant pour ne pas donner lieu facilement à une confusion.

Sont autorisés à faire enregistrer leurs marques : 1° les industriels et autres producteurs établis en Suisse, et les commerçants qui y possèdent une maison de commerce ; 2° les industriels, producteurs et commerçants établis dans des Etats qui accordent aux Suisses la réciprocité de traitement, pourvu qu'ils fassent la preuve que leurs marques, soit leurs raisons de commerce, sont suffisamment protégées au lieu de leur établissement ; 3° les associations d'industriels, de producteurs et de commerçants qui satisfont aux exigences des chif. 1 et 2 ci-dessus, ainsi que les administrations publiques.

[1] *Die Principien des schw. Patentgesetzes*, par M. le prof. Meili, Zurich, 1890. *Etude sur la protection légale des inventions*, etc., par H. Gans, Genève, 1886. *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVII, 177 et s. (article de M. le prof. König). *Die schw. Bundesgesetzgebung*, par P. Wolf, 1888-1891, Bâle, vol. I et II, pass. *J. Geller*, op. cit. *Ph. Dunant :* Traité des marques de fabrique, etc., 1 vol. gr. in-8°, Genève, 1898. *Zeitsch. f. schw. R.*, XX, n. s., 393 et s. (article de M. J. Spiro sur « les inventions brevetables en Suisse »).

La durée de la protection est fixée à *vingt ans*, — ce délai étant renouvelable. Au surplus, les droits consacrés par l'enregistrement sont périmés, quand il n'a pas été fait usage de la marque pendant trois années consécutives.

Les contrefaçons, imitations, usurpations de marque d'autrui, la vente faite sciemment de marchandises ou produits revêtus d'une marque contrefaite, imitée ou indûment apposée, donnent ouverture à des poursuites pénales contre ceux qui ont agi dolosivement et leurs complices (amende de 30 à 2000 fr., ou emprisonnement de 3 jours à une année, ou ces deux peines cumulées), ainsi qu'à une action civile en faveur de l'acheteur trompé ou de l'ayant droit à la marque.

508. Les *inventions*, dans le domaine de l'industrie, celles qui sont industriellement utilisables, sont également protégées par la *loi fédérale du 29 Juin 1888* (voir Règlement d'exécution du 21 Juillet 1893). Les demandes de brevets devront être adressées au Bureau fédéral de la propriété industrielle, suivant des formulaires annexés au règlement du 18 Octobre 1888. Les inventions ne seront plus nécessairement représentées par des modèles (voir art. 64 de la Const. féd. revisé le 19 mars 1905); et d'ailleurs, la loi de 1888 sera prochainement remaniée dans le sens de la protection étendue aux industries chimiques par la revision constitutionnelle rappelée tout à l'heure. La question de savoir si l'on est en présence d'une invention n'est pas tranchée par le Bureau qui délivre le brevet; le brevet est accordé sans garantie de l'existence réelle d'une « invention » dans le cas particulier.

Nul ne pourra, sans l'autorisation du propriétaire du brevet, fabriquer l'objet breveté ou en faire le commerce.

Le brevet est transmissible par voie de succession; il pourra aussi être cédé, en totalité ou en partie, remis en gage, etc., mais les transmissions de brevet ne seront opposables aux tiers que si elles ont été dûment enregistrées.

La durée des brevets sera de *quinze ans*, à partir de la date de la demande. Le propriétaire en sera néanmoins déchu s'il y renonce par déclaration écrite envoyée au Bureau fédéral déjà nommé, s'il n'acquitte pas la taxe annuelle dans les trois mois qui suivent le premier jour de chacune des années de brevet, si l'invention n'a pas été appliquée dans les trois ans depuis la demande, etc. Sont déclarés nuls et de nul effet les brevets délivrés, entre autres, dans les cas suivants : si l'invention n'est pas nouvelle ou n'est pas industriellement utilisable (le texte français de la loi, qui laisse beaucoup à désirer, parle « d'applicable à l'industrie »), si le propriétaire du brevet n'est pas l'auteur de l'invention ou son ayant cause, etc.

Quant aux personnes non domiciliées en Suisse, elles ne peuvent

prétendre à la délivrance d'un brevet et à la jouissance des droits qui en découlent, que si elles ont désigné un mandataire domicilié en Suisse, qui les représentera pour les demandes à faire et les procès à intenter ou à soutenir concernant le brevet (le domicile du représentant déterminera le for des actions).

Il peut être délivré des *brevets provisoires* (art. 16), pour deux ans ; ils ne sont pas protégés, mais ils confèreront le droit d'obtenir, durant le dit délai, un brevet définitif nonobstant la publicité qui serait donnée à l'invention.

Ceux qui auront contrefait des objets brevetés, ou qui les auront utilisés d'une manière illicite, ou qui auront vendu, mis en vente ou en circulation, ou introduit en Suisse des objets contrefaits, ou qui sciemment auront coopéré à ces actes, ou qui refuseront de déclarer la provenance des objets contrefaits trouvés en leur possession, seront poursuivis au pénal, sur plainte de la partie lésée (cfr. toutefois art. 29), s'ils ont commis dolosivement les actes ci-dessus mentionnés. En outre, toute « personne intéressée » (le texte allemand parle d'un *rechtliches Interesse)*, toute personne qui y aura un intérêt pécuniaire, pourra introduire une action en dommages et intérêts contre le contrevenant, que celui-ci ait agi avec fraude ou par simple négligence. L'action (publique et civile) se prescrit par *deux ans*. Les tribunaux pourront d'ailleurs ordonner, à la suite d'une plainte au civil ou au pénal, les mesures conservatoires nécessaires.

509. Notre législation assure encore une protection très efficace aux auteurs de *nouveaux dessins et modèles industriels*. Nous possédons à cet égard une *loi fédérale du 24 Novembre 1900*, qui considère comme dessin et modèle industriel « toute disposition de lignes ou toute forme plastique, combinée ou non avec des couleurs devant servir de type pour la protection industrielle d'un objet ». La protection de la dite loi ne s'étend pas aux procédés de fabrication, à l'utilisation ou à l'effet technique de l'objet fabriqué sur le type du dessin ou modèle protégé. Le droit d'auteur, héréditairement transmissible, peut être cédé. La durée de la protection légale est de 15 ans au plus, moyennant dépôt (art. 5 et s.).

510. Enfin, nous avons la *Convention internationale du 20 Mars 1883* pour la protection de la propriété industrielle entre la Suisse, la Belgique, le Brésil, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Serbie, la Grande-Bretagne, la Suède et la Norvège, les Etats-Unis, etc. Les sujets ou les citoyens de chacun des Etats contractants, de même que les sujets d'autres Etats domiciliés dans un pays de l'Union, jouissent, dans tous les autres Etats de l'Union, en ce qui concerne les *brevets d'invention*, les *dessins ou modèles industriels*, les *marques de fabrique* ou de commerce et le *nom*

commercial, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal dans tous les cas d'atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des formalités et des conditions imposées aux nationaux par la législation intérieure de chaque Etat (art. 2 et 3). Celui qui aura fait régulièrement le dépôt d'une demande de brevet d'invention, d'un dessin, etc., jouira, pour effectuer le dépôt dans les autres Etats, et sauf les droits des tiers, d'un droit de priorité de six mois pour les brevets, de trois mois pour les dessins, modèles et marques [1].

Nous renvoyons, pour le surplus, au texte même de la convention, ainsi qu'à divers actes additionnels appliqués entre un certain nombre d'Etats (14 Avril 1891).

511. Le siège des Bureaux internationaux prévus par les Conventions de 1883 et 1886 est à Berne (cfr. arrêté fédéral du 11 Novembre 1892). La haute surveillance appartient au Conseil fédéral, qui l'exerce par l'intermédiaire du Département politique.

---

[1] Voir, entre autres, *A. T. F.* XXII, 1096 et s.

TITRE QUATORZIÈME

DU MANDAT[1]

---

512. Notre Code traite, dans son titre quatorzième, non seulement du mandat, mais aussi de l'assignation ou délégation, de la lettre de crédit et de l'ordre de crédit qui en sont des variétés. En revanche, il ne s'occupe pas spécialement du *courtage*[2], régi cependant par les art. 392 et s. (cfr. toutefois, ci-après, art. 405). Il y a lieu de consulter aussi les art. 422 et suiv., qui se réfèrent plus particulièrement aux diverses formes du *mandat commercial ;* voir également les art. 431 et 450, qui déclarent les règles du mandat subsidiairement applicables dans les contrats de *commission* et de *transport*. Les art. 36 et s. C. O. sont déterminants quant aux effets du mandat à l'égard des tiers, si le mandat implique une représentation. Ajoutons que, même en *matière immobilière*, le mandat est soumis aux dispositions du présent titre[3].

---

[1] *Haberstich*, II, 202 et s. *Jacottet*, 234 et s. *Schneider et Fick*, 576 et s. *Hafner*, 206 et s. *Mess.*, 32 et s. *Schulthess-Rechberg*, l. c. *E. Goldschmid:* Bevollmächtigung und gewillkürte Stellvertretung, in-8°, Zurich, 1898. *R. Suter:* Der entgeltliche Auftrag im schw. R., Berne, in-8°, 1904.

[2] *A. T. F.* XIX, 872 (la provision due à un courtier est, sauf convention ou usage contraire, exigible dès que le courtier a exécuté son mandat, — en l'espèce, de procurer au défendeur une importante commande de machines); cfr. *ibid.*, XV, 338, XX, 1131, XXI, 1140, *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXVI, 267, 298.

[3] *J. d. T.* XLVII, 317 (arrêt du T. F., du 3 Déc. 1898).

CHAPITRE PREMIER

Du mandat proprement dit.

SECTION PREMIÈRE

De la nature et de la forme du mandat.

513. La théorie du mandat, dans notre Code, s'écarte de celles du C. civ. fr. et du C. civ. all. Comme on le sait, le mot mandat vient de *manum dare,* parce qu'autrefois le mandataire donnait la main au mandant, en signe de la promesse qu'il lui faisait de se conformer scrupuleusement à ses ordres. Ce mot désigne d'ailleurs soit le contrat lui-même, soit simplement le pouvoir que le mandant confère au mandataire ; dans ce dernier cas, il est synonyme de *procuration*. Mais on peut concevoir, et notre Code admet, un *mandat sans procuration*, comme en droit romain (cfr. art. 399 : « lorsque le mandataire a acquis *en son propre nom*, pour le compte du mandant... ») ; on tiendrait dès lors pour un mandat aussi, toute mission donnée à un tiers, et acceptée par lui, de faire quelque chose, par exemple, de transmettre des nouvelles politiques ou financières en arrivant dans telle ville, de s'entremettre pour la conclusion d'un contrat, de trouver un cautionnement, de chercher des placements de fonds, etc., le mandat pouvant au surplus être salarié[1]. Dans ce système, en particulier, la promesse gratuite de services serait assimilée à un mandat.

La définition de l'art. 392 (cfr. art. 662 C. civ. al. et 1984 C. civ. fr.) du Code féd. des obl. est la suivante : *Le mandat est un contrat par lequel le mandataire qui l'accepte s'oblige à gérer selon les volontés du mandant l'affaire dont il s'est chargé* (al. 1). Le

[1] *Hafner*, ad art. 392, note 2 ; *Rechtslexicon* d'Holtzendorff, article « mandat » ; cfr. *A. T. F.* XIX, 531, XXI, 1223, etc. *J. d. T.* LI, 545 (arrêt du T. F., du 3 Avril 1903) ; cfr. *R. j. f.* II, 30 (le détenteur d'un gage ne peut être assimilé à un mandataire, dont la loi exige le consentement), III, 50 (charger un tiers de vendre une chose, avec promesse de rémunération en cas de réussite de l'affaire, constitue un mandat et non un louage de services). *H. E.* VIII, 281 (même solution pour le cas où un tiers se charge d'administrer plusieurs maisons, avec logement gratuit à titre de salaire). Voir, en outre, note suivante.

mandat est un contrat synallagmatique imparfait, car, à l'origine, il n'engendre qu'une seule obligation, celle assumée par le mandataire d'exécuter les ordres du mandant; ce dernier ne s'oblige à rien au moment de la convention, il ne pourra que se trouver obligé plus tard, ensuite de faits postérieurs dérivant de l'exécution du contrat. On pourrait dire cependant que le mandat devient un contrat synallagmatique parfait lorsqu'il est salarié, le mandant s'engageant à payer le salaire stipulé expressément ou tacitement, et cela dès l'instant où le contrat s'est formé[1].

L'acceptation du mandataire est indispensable pour la perfection du contrat. Cette acceptation n'est pas nécessairement expresse. *A moins d'un refus immédiat*[2], dit l'art. 393, *le mandat est réputé accepté lorsqu'il se rapporte à des affaires pour la gestion desquelles le mandataire a une qualité officielle ou qui rentrent dans l'exercice de sa profession, ou pour lesquelles il a publiquement offert ses services.* L'acceptation tacite peut aussi découler de l'exécution que le mandataire a donnée au mandat. Si, en thèse générale, nul n'a l'obligation de répondre à des offres de contrat, et si l'omission de s'expliquer ne peut être interprétée ni comme une adhésion[3], ni comme un refus, le législateur a jugé à propos de faire exception à cette règle, dans l'hypothèse de l'art. 393. Les avocats, notaires, huissiers, commissionnaires, voituriers, courtiers, etc., en un mot, tous les mandataires de profession sont, faute d'un refus immédiat (v. art. 5), réputés avoir accepté les mandats qui leur sont offerts, et, par analogie de l'art. 8, al. 2, les effets du contrat commencent dès la réception de l'offre non refusée. Toutefois le mandataire pourrait refuser utilement après le délai de l'art. 393, s'il justifiait qu'il lui a été impossible de le faire auparavant.

Lorsque le mandat a été refusé une fois, à temps (abstraction faite de la question de savoir si le mandataire ne peut pas être contraint de l'accepter en vertu des lois cantonales), l'omission de répondre à une nouvelle offre n'entraîne pas acceptation tacite.

514. Le trait caractéristique du mandat, qui est, au surplus, un contrat de travail comme ceux des art. 338 et s., ou 350 et s., c'est que le mandataire s'oblige à gérer « selon la volonté du mandant » ; mais nous venons de voir que cette convention n'implique

[1] *A. T. F.* XII, 257, XIII, 90, XVI, 810, XIX, 833 (mandat ?), XXI, 489 (mandat ou commission ?), 809 (mandat ou prêt ?)

[2] *R. j. f.* I, 1 (la présomption légale d'acceptation lorsqu'il n'y a pas refus immédiat, ne concerne pas le cas dans lequel un voyageur de commerce à provision, non chargé des encaissements, reçoit un mandat spécial de produire une créance dans la faillite d'un débiteur).

[3] *A. T. F.* XII, 316, 317.

pas nécessairement une procuration. Le mandataire n'est que l'organe de son co-contractant, et quand l'affaire dont il a été chargé est terminée, les choses se trouvent dans le même état que si le mandant l'avait personnellement accomplie : *qui mandat ipse fecisse videtur*. C'est là ce qui, outre sa révocabilité, distingue essentiellement le mandat d'autres contrats, par exemple du louage de services, où le locataire n'agit que pour le compte du maître, envers lequel il se trouve dans un rapport de dépendance, du contrat de commission, dans lequel le commissionnaire agit en son propre nom pour le compte d'un commettant, etc. On pourrait se demander si les avocats, les notaires, les médecins, tous ceux qui vivent de l'exercice d'une profession libérale, sont plutôt des *locatores operarum* que des mandataires ; quoique la nature de leurs engagements puisse participer tout ensemble du louage de services et du mandat, il semble bien que le caractère du mandat prédomine entre parties, à raison de la situation indépendante qui leur est laissée, comme aussi à raison de la circonstance que le contrat peut être rompu sans dénonciation préalable, d'un jour à l'autre. Par contre, les commis de magasin ou de banque, les garçons de café, etc., bien qu'ils agissent au nom de leur chef ou patron, sont assimilés à des locateurs de services, parce qu'ils ont engagé une partie de leur liberté et que, du reste, ils ne peuvent ni résilier, ni être condamnés à souffrir une résiliation *ad nutum*. Le mandataire diffère aussi du *prête-nom*, en ce que ce dernier agit *proprio nomine* et se trouve directement obligé à l'égard des tiers, qui n'ont aucune action contre celui que le prête-nom représente, et en ce que les tiers se trouvent uniquement obligés envers lui (voir art. 399).

515. En vertu de l'art. 392, al. 2[1], qui tient peu compte des circonstances de la vie moderne, où le mandat gratuit est l'exception : *Il n'est dû de rémunération (provision, honoraires) au mandataire que si l'usage ou la convention lui en assure une.* Il est vrai qu'en droit romain, comme dans l'ancien droit français, la gratuité était de l'essence même du mandat ; la stipulation d'un salaire en faisait un louage ou un contrat innommé. Dans les législations actuelles, même en droit allemand (art. 662 C. civ. al.), la *gratuité* est encore de la *nature*, sinon de l'*essence* du mandat. L'usage, comme la convention expresse ou tacite, permettent au mandataire de réclamer un salaire. Ainsi le médecin, l'agent d'affaires, l'huissier, le banquier, sont salariés par suite d'une convention tacite ;

[1] *A. T. F.* XIV, 731, XXIII, 1842 et s. (honoraires d'un avocat) : cfr. ibid., XIX, 883, *Zeitsch. des bern. J.* V. XXXI. 83, *J. d. T.* XLV, 64 (arrêt du T. F., du 16 Oct. 1897). — Comparer la formule de l'art. 392, al. 2, avec celle de l'art. 338, al. 2, la première ne tenant compte que d'éléments objectifs et réels, la seconde d'éléments subjectifs combinés avec une fiction légale.

le salaire de ceux qu'on pourrait appeler des mandataires forcés (notaires, avocats, etc.) est, dans certains cantons, soumis à des tarifs spéciaux. Les honoraires ou la provision peuvent être stipulés soit à forfait, soit seulement pour le cas de la réussite de l'opération ; les usages de l'une ou l'autre profession sont même quelquefois que le salaire ne sera dû qu'en cas de succès, ainsi en matière de courtage[1]. On peut se demander si, en dehors des cas où la loi fixe un maximum de salaire, le salaire alloué au mandataire en vertu d'une convention expresse peut être réduit par le juge, lorsqu'il est excessif. La jurisprudence française admet l'affirmative, malgré le texte formel des art. 1118 et 1134, dont nous n'avons pas l'équivalent, du reste, en droit fédéral[2]. Quoique notre loi ne proclame pas le principe de la liberté des conventions, elle ne le reconnaît pas moins. En conséquence, le juge n'aurait pas la faculté de réduire un salaire expressément stipulé, à moins que le montant excessif de la rémunération ne constituât une contravention aux tarifs en vigueur ; la partie lésée ne pourrait demander que l'annulation du contrat pour cause d'erreur, de dol, de violence, ou à raison du caractère immoral de la stipulation. Il va de soi que si le salaire n'a pas été expressément fixé, son chiffre peut être déterminé par l'autorité judiciaire compétente et ramené, le cas échéant, à une mesure raisonnable.

D'autres caractères du mandat sont les suivants : le mandat est révocable et répudiable en tout temps (art. 402) ; étant un contrat personnel, il finit par la mort du mandant ou du mandataire, etc.

Le mandant doit avoir la *capacité* requise pour l'acte en vertu duquel le mandat a été conféré. Mais le mandataire, qui n'est que l'instrument du mandant, peut-il être choisi parmi les incapables ? Oui, disait l'art. 1990 du C. civ. fr., car le mandant est libre de donner sa confiance à qui bon lui semble, et, dans les rapports du mandant avec les tiers, le mandat produit les mêmes effets s'il est conféré à un incapable, que s'il l'est à une personne capable, tandis qu'entre parties le mandataire incapable peut se prévaloir de son incapacité envers le mandant qui le poursuit en exécution du contrat. En droit fédéral, les principes sont les mêmes ; quant aux effets du mandat, entre parties, lorsque le mandataire est un incapable, on s'en tiendra aux art. 29 et s., et, si l'incapable est une femme

[1] *A. T. F.* XX, 1143 ; voir, en outre, ad art. 405.

[2] Dans ce sens, *Sirey*, 25, 1, 33 ; 54, 2, 688 ; 55, 1, 627 ; 55, 2, 515 ; 63, 1, 249 ; 68, 2, 5, etc. *Troplong* n° 632. En sens contraire, presque tous les auteurs : *Demolombe*, Revue de législation, 1846, II, 445 ; *Aubry et Rau*, IV, 649 ; *Baudry-Lacantinerie*, Précis, III, 538, *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, Traité de droit civ., — Des contrats al., du mandat, etc., 1 vol. in-8°, Paris, 1899, p. 354 et s. La solution de la jurisprudence française paraît inconciliable avec le principe de la liberté des conventions ; elle est critiquée à bon droit comme contraire à la loi elle-même.

mariée, en outre, aux dispositions du droit cantonal réservées à l'art. 7 de la loi fédérale du 22 Juin 1881.

On peut dire, en ce qui concerne les diverses *espèces de mandat*, que tous les actes juridiques licites peuvent faire l'objet de ce contrat. Certains actes néanmoins ne sauraient être accomplis par un représentant : ainsi les actes de dernière volonté, ainsi l'acte de la célébration du mariage, ainsi la prestation d'un serment, etc.

515 *bis.* A d'autres points de vue, on distingue : le mandat *conventionnel*, qui a son origine dans la convention des parties ; le mandat *légal*, qui dérive de la loi, comme celui du tuteur, du père administrateur légal de la fortune de ses enfants, du mari administrateur légal des biens de son épouse ou de ceux de la communauté, etc. ; le mandat *judiciaire* [1], qui est déféré par la justice et n'est, au fond, qu'une variété du mandat légal. Le mandat légal et le mandat judiciaire seront soumis soit aux prescriptions des art. 392 et s., soit à celles du droit cantonal, suivant que les matières dans lesquelles ils interviennent ressortissent à la compétence législative de la Confédération ou à celle des cantons.

516. En ce qui a trait à son *étendue*, le mandat peut être *général* ou *spécial* (v. plus loin art. 394). La *forme* de ce contrat est libre, en principe ; ajoutons que le mandat peut être donné *en blanc*, c'est-à-dire, en laissant un vide à la place destinée au nom du mandataire, et qu'alors ce dernier pourra être choisi par la personne à laquelle l'acte a été remis.

Si le mandat peut être conféré même verbalement, si le seul consentement des parties suffit à sa validité (art. 1 et 9), la forme écrite n'en est pas moins recommandable, afin d'éviter les difficultés de la preuve.

SECTION DEUXIÈME

De l'étendue du mandat.

517. Le mandat peut être conçu en termes vagues et tout à fait généraux. Par exemple : Je donne mandat à Paul de gérer mes affaires. Il peut être conçu en termes très précis. Par exemple : Je donne mandat à Paul de m'acheter tel ou tel meuble, de passer en mon nom tel ou tel contrat. *A défaut de stipulation expresse*, dit

[1] Cfr. *A. T. F.* XII, 257.

l'art. 394[1], *l'étendue du mandat est déterminée par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte* (al. 1). Le mandat sera donc général ou spécial, suivant les cas ; mais, comme en France, le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration à l'exclusion des actes de disposition. En effet, *le mandataire ne peut, sans des pouvoirs* EXPRÈS, *intenter un procès, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni faire des donations* (al. 2) ; cfr. art. 423, al. 2 et 3, 426, 821. Le mandat impliquant le pouvoir spécial de faire des actes de disposition, doit être interprété restrictivement. Ainsi le pouvoir de transiger n'emporte pas celui de compromettre, le mandat de vendre n'autorise pas le mandataire à toucher le prix de la vente, etc. D'ailleurs l'art. 394, al. 2, ne contient pas une énumération complète des actes de disposition que le mandataire ne saurait accomplir sans mandat exprès ; nous pouvons y ajouter : le désistement, l'acquiescement et la réforme, dans le cours d'un procès, comme le marque le 3me alinéa de l'art. 394 : *La question de savoir s'il lui* (au mandataire) *faut des pouvoirs spéciaux pour faire, dans le cours d'une instance, certains actes ou certaines déclarations au nom du mandant, se résout d'après les lois de procédure fédérales ou cantonales.* Or toutes les lois de procédure exigent un mandat exprès pour réformer, acquiescer et se désister. Mais le mandataire, en dehors des actes de disposition, peut faire tous les actes nécessités par la nature de l'affaire à laquelle le mandat se rapporte, ensorte que le mandat de recouvrer une créance confère celui d'en donner quittance, le mandat de vendre un meuble celui d'en effectuer la tradition, etc.

518. Les actes accomplis par le mandataire en dehors des limites de ses pouvoirs, ne sont nuls que sous les conditions posées à l'art. 395 que nous expliquerons sous la section suivante. Les effets de la représentation à l'égard des tiers sont régis par les articles 36 et s.

SECTION TROISIÈME

Des obligations du mandataire.

519. Est mandataire, avons-nous dit, toute personne qui accepte d'un tiers le pouvoir de le représenter pour l'accomplissement

[1] *R. j. f.* I, 87 et s. (le mandataire ne peut *en son nom*, comme mandataire du porteur d'un effet de change, ni faire valablement dresser le protêt, ni poursuivre devant les tribunaux le paiement de l'effet). Cfr. *A. T. F.* XIX, 397 (agent d'assurance) et XV, 804.

d'un ou de plusieurs actes juridiques, ou de faire quelque chose pour un tiers en son propre nom. L'art. 405 dispose en outre : *Celui qui s'engage à s'entremettre en vue de la conclusion d'un contrat, sans être d'une manière permanente au service de l'une ou de l'autre des parties, est soumis aux dispositions du présent chapitre* (al. 1). Mais cette prescription s'est trouvée sensiblement restreinte par le 2me al. de notre article qui, contrairement aux projets du Code fédéral, admet les réserves suivantes en faveur du droit des cantons : *Il n'est pas dérogé aux règles spéciales des législations cantonales*[1] *sur les agents de change, courtiers, ou autres personnes qui, par profession, servent d'intermédiaires dans les affaires.* Il va de soi cependant, qu'à défaut de « règles spéciales » du droit cantonal, ces industriels sont soumis aux art. 392 et s. (voir nº 512), même en ce qui concerne le courtage *d'immeubles*[2]. En principe, il n'est pas dû de rémunération au courtier pour les démarches qui n'ont point abouti ; il ne peut y prétendre que si l'affaire a été conclue grâce à son intervention[3].

520. Le mandataire a deux obligations principales : exécuter le mandat et rendre compte de sa gestion.

1º *Exécution du mandat.* Le mandataire doit accomplir son mandat, c'est-à-dire faire tout ce qu'il a promis de faire pour le compte du mandant, ou, à défaut d'instructions particulières, tout ce qui est exigé par la nature de l'affaire à laquelle le contrat se rapporte. Mais il ne peut rien faire au delà de ce qui rentre dans ses pouvoirs, sans s'exposer aux conséquences prévues par la loi. C'est ce qui ressort déjà de l'art. 396, conçu comme suit : *Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat dont il a été investi ; il est tenu de l'exécuter* PERSONNELLEMENT, *à moins qu'il ne soit autorisé à le transmettre à un tiers ou qu'il n'y soit contraint par les circonstances*[4] (voir, plus loin, art. 397). Le mandataire répond donc de la diligence d'un bon père de famille, d'après l'art. 113 ; il répond même de ses fautes légères[5], et le juge devra se montrer plus sévère dans son appréciation, lorsque le mandat sera salarié et surtout lorsqu'un

[1] Voir loi *genevoise* du 20 Décembre 1856 (cfr. *A. T. F.* XXI, 496), *bâloises*, des 28 Avril 1801 et 29 Janvier 1842, *zurichoise*, du 31 Mai 1896, etc.

[2] *A. T. F.* XXI, 489 et s., XXIII, 1060 et s., XXVII², 482 et s.

[3] *A. T. F.* XX, 1139 et s., XXVI², 575 et s ; voir p. 520, note 2.

[4] *R. j. f.* V, 149 (la responsabilité des avocats pour fautes dans la gestion d'affaires à eux confiées, se juge d'après les dispositions du droit fédéral, et les restrictions apportées à cette responsabilité par le droit cantonal sont abolies). — *J. d. T.* XXXIV, 87 (le fait que la note du mandataire a été payée n'implique pas encore une renonciation à toute action en responsabilité contre lui). Cfr. *A. T. F.* XVI, 573, XIX, 531 (avocat), 582, XXI, 817.

[5] *R. j.* IV, 204.

salaire élevé aura été promis en considération des connaissances spéciales du fondé de pouvoirs. Mais, par exemple, un avocat ne saurait être recherché à raison d'une consultation qu'il a donnée sur un point controversé ou discutable, lorsque son opinion n'a pas été admise par les tribunaux et paraît du reste motivée. Un notaire, en revanche, qui est chargé de la passation d'un acte, doit intervenir comme conseiller des parties et ne saurait, sous peine d'être responsable, leur taire les objections ou les scrupules dont il aurait dû raisonnablement leur faire part[1]. Il en serait de même d'un gérant ou d'un régisseur qui, consulté par un client sur des placements de fonds, ne l'informerait et ne le dirigerait pas avec la plus grande prudence[2]. Au reste, le mandataire qui se rendrait coupable de manœuvres dolosives serait tenu tant en vertu des art. 396 et 398, que des art. 50 et s. et 70 et s.[3] L'action en responsabilité contre le mandataire se prescrit par *dix ans* (art. 146, et non art. 69, puisqu'il s'agit d'une faute contractuelle[4]) ; la prescription ne commence en tout cas pas à courir avant que l'activité du mandataire ait pris fin[5] relativement à l'affaire dont dérive sa responsabilité.

Il se peut qu'un mandat soit conféré à plusieurs personnes. En dérogation à l'art. 1995 du C. civ. fr. qui n'admet de solidarité entre mandataires constitués par le même acte que lorsqu'elle est exprimée, l'art. 401, al. 2, dispose : *Quand plusieurs personnes ont accepté conjointement un mandat, elles sont tenues* SOLIDAIREMENT *de l'exécution de ce mandat, et les actes faits par elles conjointement peuvent seuls obliger le mandant* (cfr. art. 424, 534, 535, 651, 654, 697). Si le mandat n'a pas été accepté « conjointement », chacun des divers mandataires peut au moyen de ses actes obliger le mandant, et il n'y a aucune solidarité entre eux.

Le mandataire qui a reçu des instructions précises — art. 395[6] — *ne peut s'en écarter qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de prendre l'avis du mandant, et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci aurait autorisé une dérogation, s'il avait connu l'état de l'affaire*[7] (al. 1). Le juge décidera souverainement si le mandataire était en droit, d'après les circonstances, d'outre-

[1] *Zeitsch. des. bern. J. V.* XXIII, 255, XXXII, 142.

[2] *A. T. F.* XXI, 1218 et s. (mandataire resp. même si mandant a rectifié le placement).

[3] *J. d. T.* XLIX, 98 (arrêt du T. F., du 16 Nov. 1900).

[4] *A. T. F.* XIV, 483.

[5] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXIII, 1.

[6] *A. T. F.* XIX, 866.

[7] *Sem. jud.* 1899, 105 (un banquier qui ne reçoit pas de réponse aux lettres destinées à tenir un client au courant du marché des valeurs, est fondé, en prévision d'une baisse, à réaliser au moins jusqu'à concurence de ce qui lui est dû du chef des opérations effectuées pour le compte du dit client).

passer ses pouvoirs. Par exemple, un mandataire a été chargé de louer un appartement de préférence au sieur X. ; avant de passer bail, il apprend que X. est dans une mauvaise situation financière — fait inconnu au mandant — et il trouve une excellente occasion de louer au sieur Y. ; s'il en a le temps, il devra aviser son mandant avant de conclure, sous peine d'encourir une responsabilité ; sinon il pourra choisir Y. comme locataire, en admettant que celui-ci présente toutes les garanties voulues. *Lorsque, en dehors de ces cas* (c'est-à-dire en dehors des hypothèses de l'art. 395, al. 1), *le mandataire s'acquitte du mandat à des conditions plus défavorables que celles qui lui étaient prescrites, le mandat n'est réputé accompli que si le mandataire prend le préjudice à sa charge* (al. 2). Naturellement, le mandant peut s'approprier par voie de ratification ce que le mandataire a fait au delà de ses pouvoirs ; cette ratification, expresse ou tacite, équivaut à un mandat rétrospectif : *ratihabitio mandato æquiparatur*. S'il n'intervient pas de ratification, ou si le mandataire ne prend pas le préjudice à sa charge, l'exécution contraire aux ordres donnés n'oblige pas le mandant. Si le mandataire n'a pas agi en vertu d'instructions précises, et qu'il n'ait pas exécuté le mandat d'une manière convenable, il est responsable en conformité de l'art. 396.

Nous savons que le mandat est un contrat *personnel* et que le mandataire ne peut se substituer une autre personne que s'il y est autorisé ou s'il y est contraint par les circonstances (voir art. 396 *in fine*). Quelle est sa responsabilité, en cas de substitution de pouvoirs ? L'art. 397 résout comme suit cette question : *Le mandataire répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est induement substitué* (al. 1). La substitution qui ne rentrera pas dans les termes de l'art. 396, est une substitution indue qui rendra le mandataire responsable des faits et gestes du substitué. Ceci n'est qu'une conséquence de l'obligation de rendre compte ; si le mandataire s'en décharge sur une tierce personne, il doit répondre de cette dernière. Est-il tenu à raison des cas fortuits qui se produiraient dans la gestion du sous-mandataire ? Oui, sans doute, à moins qu'il ne prouve que le cas fortuit se serait également produit, s'il eût exécuté lui-même le mandat (arg. art. 118). *S'il* (le mandataire) *avait reçu pouvoir de se substituer quelqu'un, il ne répond que du soin avec lequel il a choisi*[1] *le sous-mandataire et formulé ses instructions* (al. 2). Si la procuration désigne la personne que le mandataire est autorisé à se substituer, la substitution aura lieu aux risques et périls du mandant ; si la procuration porte pouvoir de substituer, sans désignation de personne, le mandataire ne répond du substitué que s'il lui a donné des ordres insuffisants, des

[1] *R. j. f.* IV, (responsabilité pour choix d'un sous-mandataire insolvable).

directions incomplètes pour l'exécution du mandat, ou s'il a choisi un individu d'insolvabilité ou d'incapacité notoire. *Dans les deux cas* (al. 1 et 2 de l'art. 397), *le mandant peut faire valoir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée, les droits compétant contre elle à ce dernier* (al. 3). Dans les rapports entre le mandataire et le substitué, la substitution n'est qu'un deuxième mandat greffé sur le premier, et produisant les effets du mandat. Entre le mandant originaire et le substitué, les choses se passent, ou peuvent du moins se passer, de la même manière que si celui-ci était un mandataire principal. Et il en est de même des rapports du mandant envers les tiers avec lesquels le substitué a traité, s'il a déclaré agir au nom du mandant (voir art. 36 et s.). La disposition finale de l'art. 397 a pour but d'éviter un circuit d'actions (à raison de faute dans l'exécution, d'inexécution du mandat, de défaut de reddition du compte), car le mandant eût, sans cela, dû recourir contre le mandataire, puis ce dernier contre son substitué, et peut-être celui-ci contre un second substitué, en cas de substitutions multiples. Le produit de l'action du mandant contre le substitué lui appartiendra exclusivement en cas de faillite du mandataire. Il va sans dire que le mandant ayant contre le substitué l'*actio mandati directa*, le substitué a contre le mandant le droit d'exercer, de son propre chef, l'*actio mandati contraria*. Les principes sont les mêmes qu'en droit français (C. civ. art. 1994)[1].

521. 2° *Reddition du compte*. L'art. 398[2] dit à ce sujet : *Le mandataire est tenu, sur la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui faire raison de tout ce qu'il a reçu en vertu de la dite gestion, à quelque titre que ce soit* (1re phrase). La reddition d'un compte peut être réclamée « en tout temps », et le mandataire ne peut l'ajourner sous aucun prétexte[3]. Il est obligé, en tout temps également, de restituer, sauf convention expresse ou tacite du contraire à prouver par lui[4], tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, en particulier les pièces appartenant au mandant et relatives à la gestion[5], les sommes touchées « à quelque titre que ce soit », ensuite de remboursement, dépôt, et même lorsqu'elles lui auraient été payées indûment. Il est aussi tenu de restituer les pots de vin qui lui auraient été donnés

[1] Voir cependant *R. j. f.* XVII, 105, où l'on fait intervenir la notion de la *cessio necessaria* (cfr. art. 185 C. O.).

[2] *A. T. F.* XIV, 867, 731.

[3] *R. j. f.* XVI, 52 (les *avocats* sont aussi soumis à l'obligation de rendre compte et en particulier de fournir la preuve des services dont ils demandent la rémunération).

[4] *R. j. f.* IV, 142.

[5] *Ibid.* III, 51; cfr. *A. T. F.* XIX, 819.

à titre de gratification personnelle, car l'art. 398 a pour but d'empêcher toute fraude[1]; cette solution s'impose alors même que celui qui a traité avec le mandataire aurait voulu attribuer les pots de vin à ce dernier personnellement. L'art. 398 *in fine* ajoute encore: *Il* (le mandataire) *doit l'intérêt des sommes dont il est reliquataire*, — c'est-à-dire qu'il a tardé à verser (*mit deren Ablieferung er im Rückstande ist*, porte le texte allemand); il devrait aussi l'intérêt de toutes sommes qu'il aurait employées à son profit ou contre les ordres du mandant, même s'il n'était pas « tardif » à les rendre. Le taux de cet intérêt sera de cinq pour cent, sous réserve des dispositions finales de l'art. 119. La loi ne dit pas à partir de quel moment cet intérêt sera dû, mais c'est évidemment, comme d'après l'art. 1996 du C. civ. fr., à « compter du jour qu'il (le mandataire) est mis en demeure ». Et quand sera-t-il mis en demeure? Dès l'instant où le mandant l'aura invité à lui rembourser les sommes reçues (art. 117, al. 1), et naturellement aussi dès l'époque où le mandataire emploiera à son usage ou contre la volonté du mandant des sommes revenant à celui-ci.

SECTION QUATRIÈME

Des obligations du mandant.

522. Les obligations du mandant, nous l'avons indiqué plus haut, ne prennent naissance, sauf peut-être celle de payer un salaire lorsque le mandat est salarié, que si certains faits postérieurs au contrat viennent à se produire. Les trois obligations principales que le mandant peut avoir à remplir sont: payer le salaire convenu, indemniser le mandataire de tout le préjudice qu'a pu lui causer l'accomplissement du mandat, exécuter toutes les obligations contractées en son nom par le mandataire. Nous discuterons à part, sous nº 525, l'hypothèse de l'art. 399.

523. Reprenons en détail les diverses obligations du mandant:

1º *Paiement du salaire convenu* (expressément ou tacitement). Si la gratuité est de la nature du mandat, le mandataire n'en est pas moins autorisé à réclamer une rémunération dans les cas de l'art. 392, al. 2. Quand un salaire a été convenu, il est dû même si l'af-

[1] *Ibid.* IV, 142. *Sem. jud.* 1893, 172 (mandataire chargé d'un achat réclame une somme supérieure à celle qu'il a payée: il y a enrichissement illégitime, art. 70 et s).

faire n'a point réussi, pourvu que le mandataire ne soit pas la cause de l'insuccès (solution différente pour le courtier; voir nº 519).

2º *Le mandant doit rembourser au mandataire*[1], *en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat... Il doit aussi l'indemniser du dommage causé par l'exécution du mandat, à moins de prouver que ce dommage ne peut lui être imputé à faute* (art. 400). L'intérêt des sommes avancées par le mandataire lui sera dû à dater du jour des avances constatées (art. 83). Relativement à l'obligation de tenir le mandataire indemne du dommage occasionné par l'exécution du mandat, le mandant n'a pas, comme en droit français, à répondre des cas fortuits; au contraire, notre loi dit formellement qu'il n'en répondra point s'il prouve que le dommage ne peut lui être imputé à faute, à lui mandant, et qu'il n'a pas été une conséquence nécessaire de l'accomplissement du mandat. C'est le principe du droit romain.

Le mandataire a un *droit de rétention* (cfr. art. 224 et 399) pour le remboursement de ce qui lui est dû, sur les choses reçues pour le compte du mandant.

3º *Exécution des engagements contractés en vertu du mandat.* Le mandataire représente le mandant, ensorte que celui-ci est tenu d'exécuter tous les engagements contractés par le mandataire dans les limites de ses pouvoirs. C'est ce qu'exprime un passage de l'art. 400 : Le mandant doit rembourser... *et remplir à la décharge du mandataire les obligations par lui contractées.* Le mandataire ne s'oblige lui-même que lorsqu'il agit en son propre nom (art. 37, 399), ou lorsqu'il outrepasse ses pouvoirs (art. 395).

524. En corrélation avec ce que nous avons exposé plus haut sur la solidarité des mandataires qui ont accepté conjointement un mandat, l'art. 401, al. 1, dispose : *Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes, pour une affaire commune, elles sont tenues* SOLIDAIREMENT *envers lui de toutes les obligations découlant du mandat.* On doit vraisemblablement décider, comme en France, que cette disposition, dérogeant au droit commun, doit être interprétée restrictivement, et qu'écrite en vue du mandat conventionnel (arg. du mot *constitué*), elle est inapplicable au mandat légal. Partant, le tuteur qui administrerait les biens de plusieurs pupilles ayant des intérêts communs, ne pourrait invoquer à leur égard le principe de la solidarité consacré par l'art. 401, al. 1.

525. On se souvient que, d'après l'art. 37, lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier ou débi-

[1] *A. T. F.* XII, 654, XIV, 730, XIX, 815 ; cfr. *R. j. f.* XVII, 135 (arrêt du T. F., du 27 Mai 1899).

teur, que si l'autre partie devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation, ou si les droits obtenus ont été cédés, ou les engagements pris acceptés par le mandant suivant les formes légales. Il peut arriver aussi que le mandataire acquière en *son propre nom* des droits pour le compte du mandant, et l'art. 399, qui n'est qu'une conséquence du principe adopté à l'art. 185, règle ce point comme suit : *Lorsque le mandataire a acquis en son propre nom, pour le compte du mandant, des créances contre des tiers* [1], *ces créances deviennent la propriété du mandant, dès qu'il a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers le mandataire. Il peut faire valoir le même droit contre la masse, si le mandataire tombe en faillite* (cfr. art. 202 L. P.). — *Le mandant a également le droit de revendiquer, dans la faillite du mandataire, les objets mobiliers acquis par ce dernier en son propre nom, mais pour le compte du mandant ; sauf à la masse à faire valoir le droit de rétention compétant éventuellement au mandataire* [2], — à raison de ses réclamations pour avances, frais, etc. L'hypothèse de l'art. 399 se présentera le plus souvent lors d'un contrat de commission (art. 442, al. 2). Voici comment le message du Conseil fédéral explique l'art. 399, dont les prescriptions reposent sur le principe de l'art. 185 (quand la *loi* ordonne le transport d'une créance, la cession s'en opère de plein droit, sans qu'il soit besoin d'aucun acte de la part du créancier) : « Ce principe acquiert une importance particulière, mais qui toutefois ne laisse pas de susciter quelque appréhension, dans le cas où un mandataire (art. 406, al. 1, — notre art. 399, al. 1), ou commissionnaire (art. 450, al. 2, — notre art. 442, al. 2), a acquis une créance contre un tiers *en son propre nom,* mais pour le compte de son mandant ou commettant. En application du principe en question, le mandant ou commettant peut, sans autres formalités, aussitôt qu'il a satisfait à toutes les obligations résultant pour lui du contrat de mandat ou de commission à l'égard du mandataire ou commissionnaire, faire valoir *directement* contre le tiers débiteur les droits du cessionnaire. Cette conséquence ne pourrait présenter quelque inconvénient que si le mandataire ou commissionnaire était parfaitement solvable et qu'il pût être poursuivi, tandis que le mandant ou commettant serait peut-être mal dans ses affaires. Ainsi le Code zurichois (art. 1621) et le Code de commerce allemand (art. 368) ont-ils, en vue de cette éventualité, revendiqué pour le commissionnaire

[1] Au su ou à l'insu de ces derniers, peu importe (cfr. *A. T. F.* XX, 813), — les créances ne passant d'ailleurs au mandant que dans la mesure où elles sont parvenues au mandataire, soit en tant qu'elles ne pourraient pas être contestées envers celui-ci par le débiteur, ainsi dans le cas de la compensation (art. 131 et s.), etc. Cfr. *Hafner*, 214.

[2] *A. T. F.* XV, 336, XVI, 574, XIX, 867, XX, 813, 816.

les droits qui découlent pour lui du principe opposé, et qui lui permettraient de poursuivre en justice le paiement de la créance qu'il a acquise en son propre nom ainsi que d'en encaisser le montant en paiement des dettes que le mandant ou le commettant pourrait avoir contractées envers lui, en dehors du contrat de mandat ou de commission. D'un autre côté, cette conséquence peut être acceptée sans crainte lorsque le mandataire ou le commissionnaire est en faillite ou se trouve du moins dans une position qui rend toutes poursuites inutiles ; elle est alors d'une grande importance pratique. Même les défenseurs du principe opposé (v. *Windscheid,* Pandectes § 330, note 12) admettent, dans cette éventualité, un droit direct, et le Code civil zurichois et le Code de commerce allemand, bien que partant du principe contraire, arrivent, dans ce cas, au même résultat pratique. » Il s'opère donc, *de lege,* une subrogation du mandant aux droits acquis par le mandataire sur les créances que celui-ci s'est fait cessionner en son propre nom, mais pour le compte du mandant, si et dès l'instant où le mandant a satisfait à ses obligations à l'égard du mandataire. Quand il s'agit non plus de *droits personnels,* de créances, mais de la propriété de *meubles corporels,* ou de *droits réels* sur les meubles, on peut se demander si c'est le droit lui-même qui est transféré ou la faculté d'en exiger le transfert ; l'art. 202 L. P. résout la question. En somme, le mandataire de l'art. 399 est ce qu'on appelle, en doctrine française, le *mandataire prête-nom,* qui, mandataire en réalité, n'en a pas les apparences.

SECTION CINQUIÈME

Comment finit le mandat.

526. Le mandat finit (cfr. art. 40 et s.) :

1° Par la *mort,* l'*incapacité* ou la *faillite,* soit du *mandant,* soit du *mandataire.* Notons que, selon l'art. 428, « la mort du chef de la maison n'entraîne pas l'extinction de la procuration ni du mandat commercial ». Le mandat, comme la société, est un contrat de confiance, dont l'existence est liée à la personnalité même des cocontractants. Aussi l'art. 403 dispose-t-il : *Le mandat finit par la mort, l'incapacité ou la faillite*[1]*, soit du mandant soit du mandataire, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature même de l'affaire* (al. 1). La convention ex-

[1] *A. T. F.* XXIII, 1637 et s. ; cfr. art. 403, al. 2 C. O. et art. 207 L. P.

presse ou tacite des parties peut prolonger la durée du mandat, même en cas de mort, d'incapacité ou de faillite de l'un ou de l'autre des contractants. Le mot « incapacité » dont se sert la loi s'applique non seulement au cas d'interdiction, mais à tout changement d'état qui rendrait le mandant incapable de conférer ou le mandataire incapable de remplir un mandat pareil à celui qui a été donné. Lorsque le mandat continue, malgré l'arrivée de l'une ou de l'autre des circonstances énumérées ci-dessus, le mandant, ses héritiers ou ses ayants cause sont liés par les actes du mandataire, et le mandataire, ses héritiers ou ses ayants cause doivent satisfaire aux obligations découlant du contrat. Comme on l'a fait observer, la solution de l'art. 403 offre de sérieuses difficultés, lorsque l'existence du mandat est prolongée malgré la *faillite* du mandant ou du mandataire. Il semble étrange que la masse du mandant puisse être obligée par les actes d'un mandataire qu'elle n'a point choisi et que le failli ait la possibilité de lui imposer la continuation du contrat au delà du moment où il a perdu la disposition de ses biens. D'autre part, si c'est le mandataire qui tombe en faillite, la masse devra-t-elle exécuter le mandat ? Il est vrai que la loi crée un remède à ce mal : les héritiers ou ayants cause de celle des parties qui serait victime de la prolongation du mandat, pourront recourir au moyen soit de la révocation, soit de la répudiation. S'il n'y a pas de prolongation du mandat convenue expressément ou tacitement, le contrat prend fin de plein droit par la mort, l'incapacité ou la faillite du mandant ou du mandataire, dès que le fait qui en provoque l'extinction est connu de l'autre partie (art. 404). L'art. 403, al. 2, porte d'ailleurs : *Toutes les fois cependant que l'extinction du mandat met en péril les intérêts du mandant, le mandataire, ses héritiers ou son représentant* (tuteur, gérant de la masse, etc.) *sont tenus de continuer la gestion de l'affaire jusqu'à ce que le mandant, ses héritiers ou son représentant soient en mesure d'y pourvoir eux-mêmes.*

On assimile à la mort, comme cause d'extinction du mandat, la *fin d'une personne juridique* (voir art. 42).

527. 2° Par la *révocation* du mandat ou sa *répudiation*, en tant, cela va sans dire, que le mandat n'est pas déjà exécuté (quant aux *effets* de la répudiation ou révocation, cfr. art. 43 et s.). La loi ne crée aucune forme spéciale pour la révocation et la répudiation; elles doivent cependant être portées à la connaissance de la partie intéressée; elles peuvent n'être que partielles. L'art. 402[1] est conçu de la manière suivante : *Le mandat peut en tout temps être répudié ou révoqué. — Toutefois celle des parties qui renonce à contre-temps doit indemniser l'autre du dommage qu'elle lui*

[1] A. T. F. XVI, 573 (applicable au contrat de commission).

cause. Répudiation et révocation peuvent intervenir en tout temps. même avant l'expiration du terme fixé pour la durée du mandat. sous réserve de l'application de la disposition finale de l'art. 402 : cette application est toutefois motivée par le seul fait que le contrat est dénoncé avant son expiration, à moins que la dénonciation ne soit provoquée par la faute de l'autre partie[1]. Comme nous l'avons marqué au début, l'extinction du mandat se produit seulement lorsque la révocation ou la répudiation est parvenue à la connaissance de la partie intéressée, mais cette extinction concerne, en cas de révocation, aussi bien le mandataire que son substitué. Relativement à la fin de l'art. 402, une dénonciation intempestive et dommageable du mandat ne peut guère s'imaginer que faite par le mandataire, et, par exemple, le Code civil français (art. 2007, al. 2) ne prévoit que cette éventualité. Le mandant qui a révoqué, peut-être à contre-temps pour le mandataire (il ne saurait être question d'une révocation à contre-temps dans cette hypothèse qu'envers un mandataire salarié), ne lui doit que le dommage direct, c'est-à-dire le remboursement des dépenses faites en vue d'un mandat dont le mandataire pouvait se croire investi jusqu'à parfait accomplissement et qui lui est enlevé auparavant ; il doit, en principe et sauf usage contraire (voir ad art. 405), une rémunération proportionnelle aux démarches et travaux du représentant, si un salaire a été convenu expressément ou tacitement. S'il y a des *motifs légitimes* de révoquer ou de répudier, il faut décider qu'aucune réparation ne peut être réclamée, même si le mandat est dénoncé à contre-temps. Donnons, pour finir, un exemple de répudiation intempestive : X. a un mandat, de la part de Y., d'acheter pour ce dernier divers objets sur une place éloignée ; X. répudie la veille ou l'avant-veille des enchères, si bien que le mandant n'a plus la faculté de porter lui-même présence à la vente ou de s'y faire représenter. Des dommages et intérêts pourront être exigés si un préjudice a été éprouvé.

Il est d'autres causes d'extinction du mandat que la loi n'exprime point. Ainsi :

3° L'*expiration du terme fixé*, lorsque le mandat a été conféré pour un certain temps ;

4° La *consommation de l'affaire* en vue de laquelle le mandat a été donné.

528. Les actes accomplis après que le mandat a pris fin, ne sont, dans la règle, pas opposables au mandant. Mais ce principe souffre une exception à raison de la bonne foi du mandataire ou des tiers (voir art. 41, 42 et 44) avec lesquels ce dernier aura traité. L'art. 404 nous dit : *En ce qui concerne les opérations que le manda-*

[1] *R. j. f.* VIII, 30 et s.

taire a faites AVANT *d'avoir connaissance de l'extinction du mandat, le mandant ou ses héritiers sont tenus envers le mandataire comme si le mandat eût encore existé.* Dans cette éventualité, avant donc que le mandataire ait connaissance de la cause qui fait cesser le mandat, la situation respective des parties reste la même que si les actes du mandataire avaient été accomplis avant l'existence d'une cause d'extinction. C'est, comme on l'a dit, une prime accordée à la bonne foi du mandataire. De même, les tiers qui, dans l'ignorance de l'extinction du mandat, contractent avec le mandataire dont les pouvoirs ont cessé, peuvent poursuivre contre le mandant les obligations contractées envers eux par le mandataire, comme si les pouvoirs de ce dernier ne s'étaient pas éteints. Et les tiers de bonne foi se trouvent dans la même situation, aussi longtemps que le mandataire, nanti d'un titre constatant ses pouvoirs, est encore en possession de ce titre (art. 43, 44). La mauvaise foi du mandataire avec lequel ils auraient traité ne les priverait pas du droit de l'envisager comme un véritable mandataire, quitte au mandant ou à ses héritiers à exercer leur recours contre celui qui a commis abus de ses pouvoirs. Le fardeau de la preuve, dans l'espèce de l'art. 404, incombe à celui qui voudrait se prévaloir du fait que le mandataire avait connaissance de l'extinction de son mandat au moment de traiter.

CHAPITRE II

De l'assignation ou délégation[1].

SECTION PREMIÈRE

Dispositions générales.

529. Le Code civil français ne traite qu'incidemment de l'assignation, à propos de la novation, en ses art. 1275 et 1277. En droit fédéral, elle tient à la fois du mandat, de la cession[2] et du cautionnement; mais on aurait dû lui faire, en raison de son importance

[1] O. *Bischofberger:* Die Anweisung nach schw. O. R., in-8°, St-Gall, 1902. *Hafner*, 218 et s.

[2] A. *T. F.* XXIV², 702 et s. (différence entre assignation et cession), XXV². 618 et s., XXVI², 682.

pratique, une place plus considérable et plus indépendante dans le système de notre Code; cfr. art. 783 à 792 C. civ. al.

Il semblerait que les art. 406 et s. eussent trait à un même contrat, indifféremment désigné sous le nom d'assignation ou de délégation. Cependant le législateur a eu plus spécialement en vue l'assignation, l'*Anweisung* proprement dite. Quant à la délégation *(Anweisung auf Schuld)*, elle tombe également (voir art. 142 chif. 2 n° 169) sous l'application des art. 406 et s., sauf lorsqu'elle intervient en matière de créances hypothécaires; dans cette dernière éventualité, elle reste soumise au droit cantonal, à moins que les cantons n'aient abrogé leurs prescriptions légales à ce sujet même à l'égard des créances garanties par hypothèque. On avait émis, dans un rapport de la Société industrielle et commerciale du canton de Vaud, la crainte, assez peu fondée, « que le projet n'amenât une confusion regrettable, en prévoyant, à côté du chèque commercial, un chèque civil, alors surtout qu'il ne s'agit pas seulement ici de mandats ou de chèques souscrits entre non commerçants, puisque le projet (id. texte définitif) ne fait pas de la qualité de commerçant une condition *sine qua non* pour souscrire des titres de change ». Ces appréhensions ne se sont pas justifiées. Cfr. art. 783 C. civ. al., qui élargit même la notion de l'assignation.

530. L'assignation, en tant que mandat de payer, est définie comme suit à l'art. 406 [1]: *L'assignation ou délégation est un contrat par lequel l'assignant charge l'assigné de payer à l'assignataire une somme d'argent* — ou de lui remettre des papiers-valeurs ou autres choses fongibles — *que celui-ci est autorisé à recevoir en son propre nom.* C'est l'autorisation donnée à l'assignataire de percevoir « en son propre nom » qui distingue, entre autres, l'assignation du mandat ordinaire. Trois personnes sont en jeu dans ce contrat: 1° *l'assignant*, qui mande de payer; 2° *l'assigné*, qui a mandat de payer; 3° *l'assignataire*, qui est le créancier, le bénéficiaire du titre créé, et qui a mandat d'en recevoir le montant, parce que l'assignant lui doit une somme pareille, ou entend lui en faire donation, ou la lui prêter de cette manière. Quoique l'assignation puisse être créée à l'ordre de celui qui la reçoit (voir art. 839, 841 et s.), les art. 406 et s. ont uniquement en vue l'assignation civile, qui peut exister indépendamment de toute forme, en vertu même d'une simple convention verbale, et qui, à

[1] *A. T. F.* XIV, 643, XVII, 492 (dette future), XVIII, 895, XXIV[1], 709. — Il est évident que l'emploi du mot « assignation » n'est pas sacramentel. *A. T. F.* XX, 990 et s. (l'opération par laquelle le propriétaire de titres déposés en garantie chez un banquier, informe celui-ci qu'il a vendu ces titres à un tiers et que celui-ci en prendra livraison à une certaine date en le remboursant, constitue une assignation qui, toutefois, ne rend l'assigné débiteur que dès l'instant où il a accepté l'assignation envers l'assignataire, — ne l'eût-il fait d'ailleurs que sous réserve de payer seulement contre remise des titres en question).

moins qu'elle ne soit constatée par un effet de change ou un chèque satisfaisant à toutes les conditions légales, n'a, dans ses effets, rien de la lettre de change. En d'autres termes, l'assignation n'est qu'un double mandat de payer et de recevoir. Il est indifférent que l'assigné soit débiteur de l'assignant ou qu'il fasse crédit à ce dernier, une assignation ne supposant nullement un rapport de dette préexistant. Le texte de l'art. 406 nous apprend que l'assignataire est autorisé à percevoir *en son propre nom;* et, le plus souvent, l'assignation aura lieu à son avantage. Lorsque l'assignation ne sera qu'un mandat d'encaissement, on appliquera, dans les relations entre l'assignant et l'assignataire, les dispositions concernant le mandat (art. 392 et s.). En résumé, l'assignation est une sorte de chèque civil, qui peut d'ailleurs être souscrit par des négociants et des non négociants; elle diffère essentiellement du chèque commercial des art. 830 et s. quant à sa forme et quant à ses effets. Remarquons encore que la « somme d'argent » dont parle l'art. 406 ne sera pas nécessairement indiquée en chiffres; il suffit qu'elle soit déterminable, qu'elle soit indiquée par exemple de la manière suivante : solde de compte, etc. [1]

Comme nous le verrons plus loin, ni l'assigné, ni l'assignataire n'ont l'obligation d'accepter le mandat, l'un de payer, l'autre de recevoir en son propre nom. L'assignation ne devient obligatoire que par l'acceptation; mais, une fois le mandat accepté, il ne peut plus être révoqué que dans les circonstances prévues aux al. 1, 2 et 3 de l'art. 412.

SECTION DEUXIÈME

Des effets de l'assignation.

§ 1. *Entre l'assignant et l'assignataire.*

531. S'il n'est pas nécessaire qu'un rapport de dette préexistant soit à la base de l'assignation, le cas le plus fréquent de ce contrat sera celui où l'assignant est à la fois créancier de l'assigné et débiteur de l'assignataire. Le mandat de recevoir donné à l'assignataire n'est réputé accepté par celui-ci, à défaut d'un refus à bref délai, que lorsqu'il fait des affaires de ce genre, dans le sens de l'art. 393; sinon, l'on ne peut inférer une acceptation de son silence, à moins qu'il ne soit créancier de l'assignant. C'est donc à tort que M. Ja-

[1] *A. T. F.* XXIV[2], 713.

cottet dit : « L'assignation est un mandat qui est réputé accepté par l'assignataire, s'il ne le refuse pas ». L'acceptation n'est présumée, faute de refus, que dans les limites que nous venons de tracer. L'art. 408 dispose à cet égard : *Le créancier qui reçoit de son débiteur une délégation doit, s'il ne veut pas l'accepter, en prévenir sans délai le débiteur, sous peine de dommages et intérêts. — Au surplus, les articles 392 et 393 sont applicables à l'assignataire.* Effectivement, le débiteur a pu croire, l'assignataire ne lui faisant point parvenir de refus immédiat, que l'assignation était acceptée à titre de paiement; il a pu, ensuite de cette supposition justifiée, négliger de prendre des mesures en temps utile contre l'assigné et perdre ainsi tout ou partie de sa créance contre ce dernier. Il a, de ce chef, droit envers l'assignataire à la réparation de tout le préjudice qui lui a été occasionné, car, dans l'espèce de l'art. 408, l'assignataire a l'obligation de refuser s'il entend ne pas accepter. Lorsque l'assignataire n'est pas créancier de l'assignant, il n'est pas tenu de refuser, sous peine d'être présumé acceptant, s'il n'est pas l'une des personnes visées à l'art. 393, applicable en matière d'assignation ; et son silence ne le rend point passible de dommages et intérêts. S'il se trouve dans le cas de l'art. 393 et qu'il ne refuse pas immédiatement, il est censé avoir accepté l'assignation.

532. En principe, l'assignant peut révoquer l'assignation, comme l'assignataire peut la refuser. C'est ce que nous enseigne l'art. 412[1] : *L'assignant peut révoquer l'assignation à l'égard de l'assignataire, toutes les fois qu'il ne l'a pas délivrée dans l'intérêt de ce dernier, et notamment pour s'acquitter envers lui d'une dette* (alin. 1). En conséquence, l'assignant est déchu de la faculté de révoquer envers l'assignataire, lorsque l'assignation est faite dans l'intérêt de ce dernier, et en particulier lorsqu'elle a le caractère d'une cession-paiement. Il est bien vrai (voir art. 407 ci-dessous) que l'acceptation de l'assignation par l'assignataire n'emporte pas extinction, jusqu'à due concurrence, de la dette contractée envers lui par l'assignant ; mais ce dernier, qui a offert de s'acquitter dans cette forme, ne peut plus annuler unilatéralement l'assignation, à moins, sans doute, de payer l'assignataire. *Il peut la révoquer à l'égard de l'assigné, tant que celui-ci n'a pas notifié son acceptation à l'assignataire. — La mise en faillite de l'assignant emporte révocation* (al. 2 et 3), — envers l'assignataire et l'assigné, dans les limites fixées par les al. 1 et 2 de l'art. 412. Si, dans l'hypothèse où l'assignation a été délivrée dans l'intérêt de l'assignataire, l'assignant fait usage de son droit de révocation envers l'assigné, avant qu'elle ait été acceptée par ce dernier, il est responsable

[1] *A. T. F.* XIV, 613, XXIV, 709, *R. j. f.* XIV, 14 (arrêt du T. F., du 26 Octobre 1895).

de tous dommages et intérêts envers l'assignataire. Une fois l'acceptation de l'assigné notifiée à l'assignataire, la révocation est inadmissible (cfr. art. 409), puisque celui-là est devenu débiteur de celui-ci. Quant à la faillite de l'assignant, elle révoque de plein droit l'assignation, pour autant que l'assignataire n'est pas créancier de l'assignant, ou que l'assigné n'a pas déjà payé ou n'a point notifié son acceptation : en dehors de ces cas, l'assignataire n'a pas le droit de toucher, après la faillite, ni l'assigné de payer le montant de l'assignation ; et même, lorsque l'assignation a été faite dans l'intérêt de l'assignataire, ce dernier ne pourra en réclamer le paiement, une fois l'assignant en faillite, si l'assigné ne lui a pas notifié son acceptation préalablement. *Lorsque l'assignation a pour objet d'éteindre une dette contractée par l'assignant envers l'assignataire, cette dette n'est éteinte que quand le paiement a été effectué par l'assigné* (art. 407, al. 1). Comme on peut s'en convaincre, l'assignation n'opère pas novation, du moins en règle générale. Pour qu'il y ait novation, pour que l'ancienne dette soit éteinte, il faut que le créancier (l'assignataire), ayant consenti à accepter l'assignation à titre de dation en paiement, ait, par le fait même, déchargé son débiteur originaire, l'assignant ; lorsque l'ancienne créance se trouvera novée par l'acceptation de l'assignation à titre de *datio in solutum*, l'assignataire, en cas de refus de paiement de la part de l'assigné, pourra exiger un acte de cession lui permettant d'actionner l'assigné, car il n'a point sans cela les droits d'un cessionnaire. On appliquerait la disposition de l'art. 407, alin. 1, au mandat par lequel un tiers serait chargé d'acquitter une dette ; le débiteur ne serait libéré que par le paiement effectif entre les mains du créancier[1], — sauf le cas de novation, bien entendu, mais l'on sait que la novation ne se présume point. L'alin. 2 de l'art. 407 dit en outre : *Néanmoins, le créancier qui a accepté l'assignation ne peut revenir sur l'assignant que si, ayant demandé le paiement à l'assigné, il n'a pu l'obtenir à l'époque fixée dans l'assignation*[2]. Il suffit que l'assignataire, créancier de l'assignant, ait présenté l'assignation au paiement (des actes de poursuites ne sont pas nécessaires), et qu'il n'ait pas été désintéressé, pour conserver son recours contre son débiteur. S'il négligeait de présenter au paiement en temps utile, il y aurait extinction de l'ancienne créance, car l'assignataire aurait perdu son recours contre l'assignant.

L'assignataire qui, sans qu'il existe un rapport de créancier à

[1] *A. T. F.* XXVI[2], 682.

[2] *A. T. F.* XXV[2], 368 et s. (au reste, l'assignant et l'assignataire qui, ayant accepté, a notifié son acceptation — art. 409 — ne deviennent point pour autant des codébiteurs solidaires de l'assignataire ; en particulier, le principe de l'art. 167 ne pourrait être invoqué — cfr. art. 216, 217 L. P. — en cas de faillite de l'un et de l'autre).

débiteur entre lui et l'assignant, accepte une assignation, est tenu, sous peine de tous dommages et intérêts, de la présenter, d'en réclamer le paiement (voir d'ailleurs l'art. 411), et, s'il ne peut se faire payer à l'échéance, d'en aviser immédiatement l'assignant. Ici encore, l'assignataire n'a aucune obligation de procéder à des actes d'exécution.

533. Nous venons de citer l'art. 411[1]. En voici le texte : *Si l'assigné refuse le paiement que lui demande l'assignataire, ou s'il déclare d'avance qu'il ne paiera pas, l'assignataire doit en aviser sur-le-champ l'assignant, sous peine de dommages et intérêts.* L'assignataire n'est donc pas obligé de poursuivre le paiement de l'assignation contre l'assigné ; il est seulement autorisé à le faire lorsque ce dernier a accepté l'assignation. Mais quelle que soit la cause de l'assignation, qu'elle ait pour objet un paiement ou non, l'assignataire doit avertir, sans qu'aucune forme particulière soit prescrite à cet égard, l'assignant du refus de s'acquitter de l'assigné. Quand l'assignataire est créancier de l'assignant et que l'assigné lui a notifié son acceptation, il a le choix, au cas d'un refus de payer, de recourir à des mesures d'exécution contre l'assigné ou d'aviser l'assignant selon l'art. 411 ; même après avoir poursuivi directement l'assigné, mais sans résultat, il est en droit de s'en tenir à l'assignant (art. 407), à moins que l'assignation n'ait été créée à titre de dation en paiement. Le défaut d'avis de l'art. 411 n'emporte pas déchéance à l'encontre de l'assignataire ; toutefois l'assignant pourra se faire indemniser de tout le préjudice qui est né pour lui de la circonstance que, n'ayant pas connu le refus de l'assigné, il n'a pu l'actionner en temps utile, l'a laissé devenir insolvable, etc. L'avis doit être donné *sur-le-champ*, c'est-à-dire dès que le refus de l'assigné parvient à l'assignataire.

§ 2. *Entre l'assignant et l'assigné.*

534. Nous rappelons, qu'aux termes de l'art. 412, al. 2, l'assignant peut révoquer l'assignation à l'égard de l'assigné « tant que celui-ci n'a pas notifié son acceptation à l'assignataire » ; voir aussi art. 412, al. 3. L'assignation elle-même n'oblige pas l'assigné dès l'instant où elle est créée ; il peut librement l'accepter ou la refuser, sauf cependant l'éventualité de l'art. 410 : *Si l'assigné est débiteur de l'assignant, il ne peut refuser d'accepter la délégation jusqu'à concurrence du montant de sa dette et en tant que sa situation ne s'en trouve pas empirée. — Mais, même dans ce cas, il*

[1] *A. T. F.* XVIII, 895.

n'est pas tenu de déclarer son acceptation antérieurement au paiement, si le contraire n'a pas été formellement[1] *convenu entre lui et l'assignant*. En ce cas, et aussi longtemps qu'il n'a pas notifié son acceptation à l'assignataire, il n'est lié par l'assignation qu'à l'égard de l'assignant, et il peut opposer toutes les exceptions qui lui appartiennent contre ce dernier à l'assignataire qui le rechercherait en paiement (hypothèse contraire, art. 409). Mais s'il n'est lié qu'envers l'assignant, il n'en doit pas moins remplir le mandat qui lui est conféré de payer l'assignataire ; en effet, il ne lui est pas seulement défendu « de refuser d'accepter la délégation », comme le porte le texte français, il doit payer l'assignataire (« *er ist zur Zahlung verpflichtet* », dit le texte allemand). Si l'assigné, étant débiteur d'une créance échue et liquide envers l'assignant, n'acquitte pas le montant de l'assignation, jusqu'à concurrence de sa dette, il est constitué en demeure et il supporte les conséquences prévues aux art. 117 et s. L'assigné ne s'oblige directement envers l'assignataire que dans le cas de l'art. 409.

§ 3. *Entre l'assigné et l'assignataire.*

535. L'acceptation du mandat de payer par l'assigné à l'égard de l'assignataire constitue, quel qu'en soit le motif, une promesse formelle de paiement. L'assignataire devient créancier personnel de l'assigné, qu'il peut actionner directement (*alias*, art. 410). Cependant l'assignataire n'est pas un cessionnaire, ensorte que s'il ne réussit pas à obtenir paiement, toutes choses sont replacées en l'état antérieur à l'assignation (cfr. art. 407). *L'assigné*, dit l'art. 409, *qui a notifié (erklärt*, « déclaré », texte allemand) *son acceptation à l'assignataire sans formuler aucune réserve, est obligé envers lui au paiement ; il ne peut lui opposer que les exceptions résultant de leurs rapports personnels, ou du contenu de la délégation*[2], *à l'exclusion de celles qui dérivent de ses rapports avec l'assignant* (cfr. art. 189). Puisque l'assigné, en acceptant l'assignation à l'égard de l'assignataire, est devenu le débiteur même de celui-ci, il est naturel qu'il ne puisse lui opposer que les exceptions nées de leurs rapports personnels (compensation, paiement, novation, etc.), et cela quelle que soit la cause même de l'assigna-

[1] Ce mot est de trop, car son équivalent n'existe pas dans le texte allemand. De même, les mots « en tant que sa situation ne s'en trouve pas empirée » de l'art. 410, al. 1, *in fine*, ne rendent pas le texte correspondant de la version allemande : *dadurch dass er an den Anweisungsempfänger leisten soll*, — c'est à-dire ne se trouve pas empirée à raison du fait qu'il doit payer entre les mains de l'assignataire.

[2] *R. j. f.* IX, 124 (arrêt du T. F., du 11 Juillet 1891) ; cfr. *A. T. F.* XVII, 493.

tion. La situation est toute différente ici de celle qui se présente en matière de cession. Si l'acceptation de l'assigné a eu lieu avec des réserves, il n'est tenu que dans les limites de son acceptation restreinte ou conditionnelle. Mais, une fois l'assignation acceptée, l'assignataire n'a plus à s'inquiéter des relations particulières entre l'assignant et l'assigné, des exceptions de compensation, novation, etc., que celui-ci pourrait faire valoir contre celui-là. C'est lui qui est désormais le seul créancier. Ne perdons pas de vue cependant que pour que l'assigné soit tenu, aux termes des art. 409 et 412, envers l'assignataire, il faudra une acceptation donnée à l'égard de celui-ci et non pas seulement envers l'assignant ; s'il en était autrement, l'assignation pourrait être révoquée par ce dernier, et elle le serait de plein droit par sa faillite, sans préjudice de tout recours en dommages et intérêts de l'assignataire contre l'assignant[1].

535 *bis*. La « notification » de l'art. 409 peut être verbale ou écrite, quelle que soit la forme même de l'assignation. Mais, dans la règle, assignation et acceptation seront constatées par l'écriture. et l'assignation écrite a, du reste, seule une réelle valeur pratique[2]. Si l'assigné n'accepte pas, voir l'art. 411.

SECTION TROISIÈME

Formes particulières de l'assignation.

536. 1° *Assignation au porteur*. L'art. 413[3] nous dit : *L'assignation qui a été libellée* AU PORTEUR *est réglée par les dispositions du présent chapitre ; tout porteur ayant à l'égard de l'assigné la qualité d'assignataire, et les rapports entre l'assignant et l'assignataire ne s'établissant qu'entre chaque cédant et son*

[1] *A. T. F.* XXI, 1146, 1150.

[2] M. Hafner conclut à l'admissibilité d'une acceptation *en blanc*, lorsque l'assignataire n'avait pas été nommé ou n'était pas connu de l'assigné au moment où celui-ci a accepté, et que d'ailleurs l'assignation n'était pas au porteur. On décidera, en pareil cas, que l'assigné a laissé à l'assignant le soin de désigner l'assignataire. Cfr. *R. j. f.* XVII, 135, arrêt du T. F., du 1er Juillet 1899 (effets d'une *acceptation conditionnelle* de l'assigné).

[3] Le texte allemand dit : ... *in dem Sinne, dass dem Angewiesenen gegenüber jeder Inhaber als Anweisungsempfänger gilt, die Rechte zwischen dem Anweisenden und Empfänger dagegen nur für den jeweiligen Uebergeber und Abnehmer begründet werden*, — ... chapitre, en ce sens que tout porteur est envisagé comme ayant envers l'assigné la qualité d'assignataire, mais que, relativement à ce dernier et à l'assignant, un lien de droit ne s'établit qu'entre celui qui a remis l'assignation et celui qui l'a reçue.

cessionnaire respectif (al. 1). Le porteur d'une assignation de cette espèce devient, dans la même mesure que l'assignataire d'une assignation nominative, un mandataire chargé de percevoir, ou même un créancier direct dans l'éventualité de l'art. 409; mais le porteur n'a de droits et d'obligations qu'envers son cédant immédiat, comme aussi le souscripteur de l'assignation n'est tenu qu'envers le premier assignataire, le premier porteur (voir dispositions contraires, art. 732, 767, 808, 836, 841). Exemple : A. délivre à B. une assignation au porteur sur C., B. la cède à D., D. à E. et ainsi de suite. E. ne peut recourir que contre son cédant immédiat D., ce dernier que contre B., celui-ci que contre A., le souscripteur du titre.

537. 2° *Chèque*. Le chèque offre beaucoup d'analogie avec l'assignation, dont il est, en quelque sorte, la forme commerciale. Mais tandis que l'assignation peut être donnée même verbalement, l'écriture est de l'essence même du chèque. L'art. 413, al. 2, nous apprend aussi qu'*en matière de chèque on applique les dispositions spéciales du titre trentième* (art. 830 à 837).

538. 3° *Assignation à ordre*. L'assignation à ordre est régie par les art. 839 et s. Il arrivera assez souvent qu'une traite ou un chèque auxquels manqueront l'un ou l'autre des éléments essentiels des art. 722 ou 830 seront traités comme des assignations à ordre.

539. 4° *Délégations hypothécaires*. L'art. 414 dispose : *Il n'est pas dérogé aux règles du droit cantonal concernant la délégation des créances hypothécaires*[1]. On sait que cette forme de l'assignation ou délégation est surtout fréquente en matière de vente d'immeubles, l'acquéreur étant chargé d'éteindre les hypothèques grevant le bien aliéné ; elle n'opère novation que si elle est parfaite, c'est-à-dire, si le délégant est déchargé par le créancier.

---

[1] *E. Huber*, System, III, 674 : notre *Manuel du droit civil de la S. rom.*, **338**; cfr. *A. T. F.* XVI, 400.

CHAPITRE III

De la lettre de crédit.

540. Nous avons ici une sorte d'assignation, pour laquelle la forme écrite est prévue. Lorsqu'une personne entreprend un long voyage qui l'obligera peut-être à traverser plusieurs pays, elle ne tiendra sans doute pas à emporter tout l'argent nécessaire ; il ne lui sera guère possible, il ne lui serait guère facile en tout cas, de se munir du numéraire ayant cours dans les divers pays où ses affaires la conduiront (roubles, florins, marks, francs, etc.). Elle pourrait craindre un vol, elle perdrait l'intérêt de sommes parfois considérables. Enfin, il lui sera très agréable de voyager sans emporter des liasses de billets de banque, des rouleaux de pièces d'argent ou d'or. Pour s'épargner tous ces inconvénients et toutes ces inquiétudes, elle se fera remettre, par un établissement financier, une *lettre de crédit* sur une banque de telle ville où elle s'arrêtera. La lettre de crédit est, en résumé, un mandat par lequel une personne, généralement un banquier, mande à son correspondant sur une autre place, de délivrer pour son compte à un tiers qu'il désigne, de l'argent jusqu'à concurrence d'une certaine somme ou même sans fixation de maximum. La lettre de crédit est à l'ordinaire personnelle et non transmissible (voir toutefois n° 542). L'accrédité ne devient, à raison des avances qui lui sont faites, débiteur que de celui qui lui a fourni la lettre, et celui qui a remis les fonds n'a d'action que contre son commettant ; voir cependant art. 409.

541. Voici d'ailleurs comment notre loi règle cette matière. L'art. 415 nous dit : *Est soumise aux règles concernant l'assignation la lettre de crédit par laquelle le destinataire est chargé, avec ou sans fixation d'un maximum, de remettre à une personne déterminée les valeurs dont celle-ci fera la demande.* Trois personnes concourent, comme dans l'assignation, à la formation d'une lettre de crédit : le créditant (qui joue le rôle de l'assignant), l'accrédité ou crédité (l'assignataire) et le destinataire (l'assigné). La plupart du temps, à moins que le créditant n'ait une

confiance sans bornes dans l'accrédité, il aura soin de fixer le maximum des avances à faire par le destinataire. Si aucun maximum n'a été déterminé, le destinataire est-il autorisé à verser indéfiniment des fonds au crédité, même si celui-ci formulait des demandes exagérées en disproportion évidente avec la position des intéressés ? On fit observer dans la Commission du Conseil national, que « du moins dans les relations commerciales, on a l'habitude de fixer un maximum par lettre spéciale, même lorsqu'on délivre une lettre de crédit illimitée ; à défaut d'une restriction de ce genre, c'est la personne qui a délivré la lettre de crédit qui doit supporter en plein les risques d'usage abusif du crédit, et le destinataire, à moins qu'il n'agisse de mauvaise foi, ne doit pas être encore exposé à se voir condamner à des dommages et intérêts par un juge prononçant d'après sa libre conviction ». Cette opinion qui tendait à la suppression de l'art. 424 (art. 416 actuel) du projet fut adoptée par le Conseil national, mais rejetée par le Conseil des Etats. Aussi bien l'art. 416 prescrit ce qui suit : *Si aucun maximum n'est fixé, et que le crédité fasse des demandes exagérées en disproportion évidente avec la position respective des intéressés, le destinataire doit prévenir son correspondant, et, jusqu'à ce qu'il ait reçu ses instructions, surseoir au paiement.* La lettre de crédit n'est autre chose qu'un mandat de payer ; elle ne produit les effets d'une cession en faveur du crédité, dans les termes de l'art. 409, que lorsque le destinataire l'a acceptée et a notifié son acceptation. Une fois l'acceptation notifiée au crédité, celui-ci devient créancier du destinataire, et le créditant n'a plus (art. 412, al. 2) la faculté de révoquer la lettre de crédit. Cependant, comme le porte l'art. 417 : *L'assignation contenue dans une lettre de crédit n'est censée acceptée, dans le sens de l'article 409, que si l'acceptation énonce une somme déterminée.* Si l'acceptation n'énonce pas de somme déterminée, le crédité n'a, envers le destinataire, que les droits de l'assignataire contre un assigné qui n'a pas accepté la délégation.

Dans la règle, la lettre de crédit sera remise au crédité, qui la présentera lui-même, sur avis préalable adressé généralement au destinataire. Il se peut aussi que la lettre soit envoyée directement à ce dernier, auprès duquel le crédité devra se légitimer.

542. On sait que la lettre de crédit est régie par les prescriptions relatives à l'assignation. Malgré le texte de l'art. 415, qui parle du crédité comme « d'une personne déterminée », les lettres de crédit peuvent sans doute être créées à ordre ou au porteur (cfr. art. 413).

CHAPITRE IV

De l'ordre de crédit.

543. L'ordre de crédit *(mandatum qualificatum)* diffère essentiellement de la lettre de crédit, en ce que celui à qui l'ordre est adressé (destinataire, créditeur) devient, par le paiement du titre, créancier direct, non du mandant, mais de l'accrédité ; le mandant n'est responsable que subsidiairement, comme une caution (art. 493 et s.). D'autre part, il diffère du mandat ordinaire, en ce que le crédit est ouvert au crédité, *sous le propre nom* du destinataire et non sous celui du mandant ou créditant, qui est simplement tenu de garantir le remboursement du crédit par le crédité. Et encore la responsabilité du créditant n'est-elle encourue que si l'ordre a été donné par écrit.

Lorsqu'une personne, dit l'art. 418, *a reçu et accepté l'ordre ou le mandat d'ouvrir ou de renouveler, en son propre nom et pour son propre compte, un crédit à un tiers sous la responsabilité du mandant, celui-ci répond de la dette du crédité à l'égal d'une caution, en tant que le mandataire ou créditeur n'a pas outrepassé son mandat* (al. 1). Si le mandant n'a pas engagé sa responsabilité, si les recommandations ou les conseils qu'il a donnés au destinataire en faveur du crédité n'emportent pas ordre de crédit, il ne peut être recherché, le cas échéant, qu'en vertu des art. 50 et s. Si le créditeur n'a pas reçu le mandat d'ouvrir un crédit « en son propre nom », mais bien pour le compte du mandant ou d'un autre, on applique les règles du mandat. Quant à la révocation de l'ordre, elle peut toujours avoir lieu de la part du mandant, et le créditeur ne doit plus verser de fonds à partir de la révocation (art. 402 et 412). Voici quelques exemples d'ordre de crédit : X. vient me trouver pour m'emprunter 10000 fr. ; je n'ai pas de fonds disponibles ; je donne à Y., en engageant ma responsabilité, le mandat d'ouvrir à X. un crédit de 10000 fr., et cela sous son propre nom et à son propre compte. Ou bien je suis créancier de X. pour une somme de 10000 fr. et je vais le poursuivre ; intervient Y. qui me donne l'ordre, que j'accepte, de continuer à faire crédit à mon débiteur,

sous sa responsabilité à lui, mandant, etc. *Toutefois le mandant n'encourt cette responsabilité qu'à la condition que l'ordre ait été donné* PAR ÉCRIT (al. 2). Cette disposition est conforme à celle de l'art. 491.

544. *Le mandant ne peut exciper contre le créditeur du fait que le crédité est personnellement incapable de s'obliger* (art. 419). Ainsi je donne à X. un ordre de crédit jusqu'à concurrence de 1000 fr., au profit de Y. qui est encore en âge de minorité ou qui est interdit; ma responsabilité est engagée (cfr. art. 492, al. 3). Si Y. excipe de son incapacité pour s'exonérer de l'obligation de rembourser le montant du crédit ouvert, je suis tenu envers le créditeur, et cela d'une manière absolue. Voir, au surplus, art. 505.

Il (le mandant) *cesse d'être responsable de la dette lorsque le créditeur a accordé de son chef des délais au crédité, ou négligé de le poursuivre conformément aux instructions qu'il avait reçues* (art. 420). S'il n'y a pas eu d'instructions données par le mandant, le créditeur doit, sous peine de la perte de son recours en garantie, poursuivre le crédité dès que celui-ci est en demeure de s'acquitter, et cela sans interruption, — à moins toutefois que le mandant ne consente à des sursis. Il n'en est pas ainsi en matière de cautionnement (art. 503).

545. Comme l'exprime l'art. 421 : *Les rapports juridiques entre le mandant et le crédité sont régis par les dispositions relatives aux rapports entre la caution et le débiteur principal* (art. 504 et s.). La solution est différente en matière d'assignation; cfr. art. 406.

TITRE QUINZIÈME

DES FONDÉS DE PROCURATION, DES REPRÉSENTANTS OU MANDATAIRES COMMERCIAUX & DES VOYAGEURS DE COMMERCE

CHAPITRE PREMIER

Généralités.

546. Le Code Napoléon soumet les diverses espèces de mandat régies par les art. 422 et s. de notre Code fédéral, aux principes renfermés dans ses art. 1984 et s. Non point que l'institution elle-même dont traite notre titre quinzième soit d'origine toute récente. Les Romains n'envisageaient déjà pas comme un mandat ordinaire les rapports juridiques existant entre le maître et le gérant, et, plus spécialement, entre l'*exercitor* et le *magister navis*. Le maître d'un navire était obligé *in solidum* pour toutes les affaires que son fondé de pouvoirs faisait en vertu de la *lex præpositionis* (procuration), aussi longtemps qu'elle n'était pas dûment révoquée ou restreinte. Mais la législation n'est pas demeurée stationnaire ; les besoins du commerce notamment nous ont forcés d'étendre encore, et dans une large mesure, les limites du mandat. Comme M. Munzinger le faisait observer dans ses *Motifs* pour un projet de code de commerce suisse : « Le commerce est exposé à de si nombreuses fluctuations, la situation peut changer si promptement dans le champ clos de la concurrence, que le moment y est souverain, comme à la guerre, et que la victoire ne va qu'à celui qui sait profiter de l'occasion. A l'instant décisif, on ne peut aller chercher au quartier général l'assentiment du chef; le lieutenant doit être pourvu de pouvoirs aussi larges que possible, afin d'avancer résolument. En outre, dans les luttes du commerce, le crédit est l'arme essentielle. Il n'y a que le représentant investi de la pleine confiance de

son mandant qui puisse agir avec succès. Il faut que les tiers soient parfaitement assurés que le mandataire agit comme un *alter ego* du constituant ; l'action de celui-là en est deux fois plus féconde. » Effectivement, les principes généraux des art. 36 et s. sur la représentation ne suffisent pas, car les tiers qui contractent avec les représentants ne sont pas assez garantis, du moins en matière de négociations commerciales. De là, la *procuration* (la *procura*, texte allemand) du C. O. ; de là, ces pouvoirs presque illimités conférés, à l'égard des tiers, aux représentants dans le monde industriel et commercial. D'ailleurs notre loi suppose que les non-commerçants peuvent aussi avoir intérêt à constituer un fondé de procuration générale ; ce cas est prévu à l'art. 422, al. 3. Et il va sans dire que les sociétés en nom collectif ou en commandite (art. 562, 593), de même que les sociétés par actions (650) ou les associations, sauf clauses contraires des statuts, et, d'après la jurisprudence allemande, même des sociétés en liquidation peuvent se donner un ou des fondés de pouvoirs de l'art. 422.

547. Le Code fédéral connaît trois catégories de mandataires commerciaux : 1° les fondés de procuration ; 2° les représentants ou mandataires commerciaux proprement dits ; 3° les voyageurs de commerce.

CHAPITRE II

Des fondés de procuration.

548. Comme nous l'avons indiqué plus haut, le Code fédéral distingue entre les fondés de procuration d'établissements commerciaux ou tenus en la forme commerciale, et les fondés de procuration d'établissements non commerciaux, quoique l'institution soit créée surtout en faveur du commerce.

549. L'art. 422[1] nous apprend que : *Le fondé de procuration*

[1] C. com. al. 41, 45; C. zür. 1287, 1288. *Staub*, 80 et s.; *Haberstich*, II, 247 et s.; *Jacottet*, 247 et s.; *Schneider et Fick*, 604 et s.; *Hafner*, 230 et s.; *Munzinger*, Motifs, 52 et s.; *Mess.*, 55 et s.; *Rap. soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 93 et s. *J. Vogel :* Die Prokura nach deutsch., schw. u. franz. R., Berne, in-8°, 1903. *A. T. F.* XII, 629 (le caissier d'une caisse de prêts n'est un « procuriste » que s'il est autorisé à signer par procuration, en se servant de la signature sociale ; s'il n'est pas autorisé à signer *per procura*, il est, en tant que gérant responsable, un mandataire commercial dans le sens de l'art. 426).

est la personne qui a reçu, expressément ou de fait, du chef d'une maison de commerce, d'une fabrique ou de tout autre établissement tenu en la forme commerciale, l'autorisation de gérer pour lui ses affaires et de signer par procuration en se servant de la signature de la maison (al. 1); cfr. art. 424 et 865 et s. Il n'y a pas que le chef d'un établissement commercial ou industriel tenu en la forme commerciale qui puisse constituer un « procuriste »; le même droit appartient aux diverses espèces de sociétés (voir n° 546 *in fine*) comme à tout négociant. Le fondé de procuration peut être expressément désigné comme tel, ou ses pouvoirs peuvent résulter des circonstances, lorsque, notamment, il a reçu l'autorisation de signer *p. proc.*[1], ou *p. p.* (ce sont les deux formes abrégées employées au lieu de : par procuration) et de se servir de la signature sociale, ou lorsqu'il gère en la dite qualité les affaires de son patron, du consentement tacite de celui-ci. A l'ordinaire, il existera entre le fondé de procuration et celui pour le compte duquel il agit un véritable louage de services; mais ce n'est pas une condition *sine qua non* de la procuration, qui peut être attribuée à toute personne, à un parent, à un ami par exemple, en l'absence du chef de la maison. Dès que la procuration a été donnée, le mandant est engagé envers les tiers par les actes de son fondé de pouvoirs, tout comme s'il s'engageait lui-même (voir art. 423); il n'est pas nécessaire, pour que la procuration produise ses effets, qu'une inscription préalable soit faite au registre du commerce. A la vérité, l'art. 422, al. 2, nous dit : *Le chef de la maison doit pourvoir à l'inscription de la procuration sur le registre du commerce; mais il est lié, dès avant l'inscription, par les actes du fondé de procuration.* Il y a lieu de consulter, sur ce point, les art. 859 et s. et les prescriptions réglementaires sur le registre du commerce. On s'est demandé si un « procuriste » inscrit au registre du commerce était soumis à la procédure spéciale en matière de change pour les engagements de change qu'il souscrivait comme simple particulier, en vue de ses affaires privées. Nous estimons que non, car il n'est pas inscrit comme tel et l'art. 720, al. 2, ne lui est pas applicable[2] en cette qualité.

Relativement à l'extinction de la procuration, elle est régie, outre l'art. 428, par les art. 42, al. 1, et 45.

550. Les pouvoirs du fondé de procuration sont déterminés à l'art. 423 : *Le fondé de procuration est réputé, à l'égard des tiers*

[1] *R. j. f.* IX, 139 (on admet à tort dans cet arrêt, que la signature du procuriste ne peut obliger le maître que si elle est accompagnée d'une mention — p. p. par exemple — indicative des pouvoirs; ceci n'est pas exigé, même pour contracter des engagements de change, cfr. art. 821).

[2] *R. j. f.* II, 129 (solution contraire). *H. E.* III, 270. Dans notre sens, *Weber et Brüstlein*, l. c., 33.

de bonne foi, avoir la faculté de souscrire des engagements de change pour le chef de la maison et de faire au nom de celui-ci tous les actes que comporte le but du commerce ou de l'entreprise (al. 1). Les tiers de bonne foi sont ceux qui, étant dans l'ignorance des restrictions apportées à la procuration, sont en droit d'admettre que le « procuriste » possède tous les pouvoirs exprimés à l'art. 423. Les tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire ceux qui ont connaissance d'une limitation des pouvoirs ordinaires du fondé de procuration, ne peuvent s'en prendre au mandant, si le mandataire outrepasse son mandat. En règle générale donc, et envers les tiers de bonne foi, le fondé de procuration commercial est, sauf l'art. 423, al. 2, assimilé au chef de la maison lui-même. Il peut non seulement souscrire des engagements de change, mais faire au nom de ce dernier tous les actes judiciaires (intenter un procès, y résister, compromettre, transiger, etc.) ou extra-judiciaires (encaissements, polices d'assurance, ventes, baux, etc.) rentrant dans le cercle d'opérations de la maison ou de l'entreprise. Comme le disent MM. Schneider et Fick, il pourrait même faire des donations, s'il était dans l'intérêt du mandant de faire des libéralités. Toutefois, si le fondé de procuration excède ses pouvoirs, tels qu'ils viennent d'être déterminés, il n'oblige pas le chef de la maison, eût-il même agi au nom de ce dernier, car alors il ne le représente pas ; et le 2me al. de notre article ajoute que : *Le fondé de procuration ne peut aliéner ou grever des immeubles, s'il n'en a reçu le pouvoir spécial.* Une réserve pareille est admise par le Code de commerce allemand, mais on décide en Allemagne que le « procuriste » est en droit d'acheter et de dégrever des immeubles et notre Code autorise aussi cette interprétation. Il faut reconnaître, d'un autre côté, qu'à moins d'avoir reçu des pouvoirs spéciaux, il ne pourrait vendre l'entreprise de son patron, quand bien même le fonds de commercé ne comprendrait pas d'immeubles ; en effet, il ne lui est permis que de faire « tous les actes que comporte le but du commerce ou de l'entreprise », et c'est évidemment aller à l'encontre de ce but, le supprimer même, que d'aliéner ce qui permet de l'atteindre. *Nulle autre restriction de ses pouvoirs,* nous dit enfin l'al. 3 du même article (cfr. cependant art. 424), *n'est opposable aux tiers de bonne foi,* — et cela, alors même qu'elle serait inscrite sur le registre du commerce. Pour rendre efficaces des restrictions plus étendues que celles de l'art. 423, al. 2, il conviendra de les rendre publiques par voie d'annonces et de circulaires, sans que, du reste, ce moyen soit absolument sûr, puisque les tiers pourront toujours alléguer leur ignorance, et partant, leur bonne foi, — sauf à leur prouver le contraire.

551. *La procuration peut être donnée à plusieurs personnes à la fois, sous la condition qu'elles signent conjointement (pro-*

curation collective). Dans ce cas, la signature de chacune d'elles ne vaut qu'autant qu'elle est accompagnée de celle des autres (art. 424). La procuration peut aussi être donnée à plusieurs à la fois, en ce que chacun d'entre eux pourra exercer ses pouvoirs sans le concours des autres. Par analogie des art. 553, chif. 4, 561, al. 3, 654, al. 2, on doit reconnaître que la condition de l'art. 424 est opposable aux tiers, même de bonne foi, lorsqu'elle a été inscrite sur le registre du commerce. Ajoutons qu'aux termes de l'art. 44 du Code de commerce allemand, la signature, en vertu d'une procuration collective, doit, pour être valable, comprendre la signature de la maison représentée, avec l'indication *p. proc.* ou *p. p.* et, en sus, la signature personnelle de chacun des fondés de procuration ; notre loi ne formule pas de semblables exigences (voir nº 549, note 1). De plus, la jurisprudence allemande décide que le *dol* d'un seul d'entre les fondés de procuration engagerait le maître ; voir en outre nº 552 *in fine*.

552. En dehors de questions sur lesquelles nous reviendrons au cours du chapitre quatrième (cas des art. 427 et 428), notre loi ne se prononce pas sur une série de points dont quelques-uns ne sont pas sans intérêt.

Et d'abord, est-il permis au « procuriste » de *substituer* ses pouvoirs, à défaut d'autorisation de la part du mandant? Non sans doute, car la considération de la personne entre davantage encore en ligne de compte dans le contrat intervenu entre maître et « procuriste » qu'entre mandant et mandataire ordinaires. On appliquera vraisemblablement, par analogie, les dispositions de l'art. 396. Mais le fondé de procuration, qui ne peut substituer ses pouvoirs en général, le peut à l'égard d'affaires déterminées; ainsi il peut choisir un mandataire pour représenter la maison dans le cours d'un procès; il peut charger un des employés ou une autre personne de telle ou telle opération [1].

D'un autre côté, le maître est-il responsable pénalement des crimes ou délits commis par le « procuriste »? Oui, évidemment, s'il y a pris part en qualité d'auteur moral, de complice, de receleur, etc. Non, s'il n'a participé d'aucune manière à l'infraction. Cependant, le maître pourra être recherché à raison (dans ce sens, *Haberstich*) des *amendes* prononcées contre le fondé de procuration pour contravention à des lois fiscales. Quant au préjudice causé par le « procuriste », dans l'exercice de son mandat, le maître en est responsable aux termes des art. 62 et 115.

553. Puisque la procuration doit être inscrite sur le registre du commerce (voir art. 422, al. 2, et 860), l'art. 425 devait forcément

[1] Cfr. *A. T. F.* XXIII, 1701 et s.

exiger pareille publicité à l'égard de la révocation des pouvoirs. *La révocation de la procuration*, dit-il, *doit être inscrite sur le registre du commerce, encore qu'il n'y ait point eu d'inscription quand la procuration a été conférée. — Tant qu'elle n'a pas été inscrite et publiée, la révocation n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.* On verra que la répudiation et la révocation (art. 428) peuvent intervenir en tout temps, sans préjudice des droits résultant du louage de services. Une fois que la révocation a eu lieu, il est très facile de la rendre efficace, en l'inscrivant dans le registre du commerce et en la publiant dans la *Feuille fédérale du commerce*. Contrairement à MM. Schneider et Fick, nous pensons qu'il n'est pas besoin de recourir à d'autres mesures de publicité, car le mot « publiée » de l'art. 425 se réfère indubitablement, comme le mot « inscrite », aux art. 859 et s. et plus spécialement 862. Lorsque la révocation a été inscrite et publiée, elle est opposable à toute personne, que celle-ci soit ou non de bonne foi ; avant d'avoir été inscrite et publiée, elle n'est opposable qu'aux tiers qui en auraient eu connaissance. Cette interprétation est peut-être bien rigoureuse et va contre l'intérêt du crédit ; le texte de l'art. 425 n'en permet pas d'autre.

554. Les non-commerçants useront fréquemment de la procuration des art. 422 et s. Un capitaliste, un grand propriétaire auquel il est impossible d'administrer par lui-même ses propres affaires, constituera volontiers un mandataire général, — un fondé de procuration, un « procuriste ». A l'opposé du Code de com. al., le projet de M. Munzinger (art. 41) contenait déjà une prescription analogue à celle de notre art. 422, al. 3[1] : *Lorsqu'il s'agit d'autres espèces d'établissements ou d'affaires* (c'est-à-dire d'établissements ou d'affaires sans caractère commercial), *le fondé de procuration ne peut être constitué que par voie d'inscription sur le registre de commerce. Jusqu'à ce que cette inscription ait eu lieu, les dispositions générales concernant la représentation* (art. 36 et s.) *sont seules applicables.* Tandis que la procuration commerciale déploie tous ses effets, indépendamment de son inscription, l'inscription seule peut attribuer à une procuration non commerciale les caractères spécifiés aux art. 423 et s. Pourquoi cette différence ? Depuis les modifications apportées, dans la matière du registre du commerce, par la loi fédérale du 11 Décembre 1888 (voir titre XXXIII ci-après) et les nouvelles prescriptions réglementaires, il sera possible de savoir assez exactement quand un établissement est ou n'est pas commercial. Mais la différence consacrée par l'art. 422, al. 3, n'en demeure pas moins difficile à expliquer.

---

[1] Voir note ad art. 442. *Haberstich*. II, 248 et s., critique cette extension de la procuration, ou tout au moins la différence faite entre la procuration commerciale et non commerciale. *Jacottet*, 249, *Hafner*, 232.

CHAPITRE III

Des représentants ou mandataires commerciaux.

555. La Société industrielle et commerciale du canton de Vaud avait exposé que notre titre était bien compliqué, qu'il était malaisé de saisir les motifs des diverses distinctions établies entre « procuristes », représentants et mandataires. Notre loi a suivi le Code de commerce allemand. Notre art. 426[1] est presque la copie textuelle des deux premiers alinéas de l'art. 47 du Code qui nous a servi de modèle sur ce point: *Le représentant ou mandataire commercial est la personne qui, sans avoir la qualité de fondé de procuration, est chargée de représenter le chef de l'un des établissements énumérés en l'article 422, alinéa 1, soit pour toutes les affaires formant l'objet de son commerce ou de son entreprise, soit pour certaines opérations spécialement déterminées. Les pouvoirs s'étendent à tous les actes que comportent habituellement soit ce commerce ou cette entreprise, soit ces opérations* (al. 1). Le mandataire commercial peut recevoir son mandat verbalement, ou par écrit; ses pouvoirs peuvent même lui être conférés tacitement, ce qui sera le cas, en particulier, lorsque le chef de l'établissement ou de l'entreprise tolère qu'une personne se donne comme son représentant, travaille en cette qualité, signe par exemple des lettres, comme tel, ces lettres figurant dans le copie de lettres de la maison[2]. Il importe peu, au surplus, que le mandataire commercial soit exclusivement au service de son patron, ou qu'il lui

[1] C. com. al. 47. *Staub*, 88 et s. *Haberstich*, II, 255 et s. *Jacottet*, 250; *Schneider et Fick*, 609, *Hafner*, 234; *Munzinger*, Motifs, 54. *Mess.*; 56; *Rap. soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 93 et s. *Rap. Cons. d'Etat du canton de Vaud*, 24 (demandait le retranchement de cet article pour le motif que « si le chargé d'affaires peut être utile dans certaines maisons où le travail est très divisé, il pourra être avantageusement remplacé par un simple mandataire »). — *A. T. F.* XII, 629 (v. note ad art. 422); cfr. *ibid.* XIX, 862, XXIII, 1797 (une « autre société » des art. 716 et s., inscrite au registre du com. et faisant des affaires commerciales, peut se constituer un mandataire général dans le sens de l'art. 426).

[2] *J. d. T.* XLII, 529, arrêt du T. F., du 8 Juin 1894 (celui qui prétend avoir été désigné tacitement comme représentant commercial, doit en faire la preuve).

loue ses services temporairement; mais il ne pourrait être désigné pour une seule affaire[1]. Ce qui distingue essentiellement le mandataire commercial du fondé de procuration, c'est:

1° Que celui-ci peut se servir de la signature de la maison, même sans y ajouter les mots: *p. proc.*, tandis que celui-là « n'a pas la qualité d'un fondé de procuration », ou, comme le dit mieux le texte allemand, agit *ohne Ertheilung der Prokura*. Le mandataire commercial ne peut user de la signature de la maison, qu'en indiquant exactement la nature de ses pouvoirs au moyen de l'adjonction: *p. r.* (par représentation) ou de toute autre équivalente.

2° Les pouvoirs du fondé de procuration sont beaucoup plus étendus que ceux du mandataire commercial. Effectivement, ce dernier ne peut faire que les actes que comportent habituellement le commerce, l'entreprise ou les opérations spécialement déterminées dont il s'est chargé, mais non des actes de nature exceptionnelle ou extraordinaire, rentrassent-ils même dans le cercle des affaires du maître, si ce n'est en vertu d'une autorisation spéciale. L'art. 426, al. 2, renferme, de plus, la réserve suivante : *Toutefois, le mandataire commercial ne peut souscrire des engagements de change, contracter des emprunts, ni soutenir un procès*[2], *qu'en vertu d'une autorisation spéciale* (cfr. art. 423); le texte allemand dit : *ausdrücklich* (expresse), pour spéciale. Il ne peut non plus, sans pouvoirs exprès, aliéner ni grever des immeubles. Il arrivera fréquemment que l'on sera dans le doute sur le point de savoir si telle personne au service d'une maison est un mandataire commercial; on s'en tiendra aux circonstances de fait. Ainsi un premier garçon dans un hôtel ou un restaurant, un commis qui, dans un magasin, est chargé de la vente, un caissier dans un établissement de vente, etc., sont des mandataires commerciaux en ce que, notamment, ils ont qualité pour recevoir des fonds et en donner quittance valable. L'étendue même de ses pouvoirs s'appréciera d'après la situation occupée par le mandataire commercial, et il engagera son mandant à l'égard des tiers dans les limites de ses pouvoirs, tels que les fixe l'art. 426. Le Tribunal fédéral admet, entre autres, que le caissier d'une Caisse de prêts est un mandataire commercial et, qu'à ce titre, il est fondé à nover des créances[3], ces actes rentrant parmi ceux que « comportent habituellement » ses fonctions.

[1] *H. E.* XVI, 25; cfr. *A. T. F.* XXV², 538 et s. (étendue des pouvoirs); *ibid.* XXIII, 1701 et s. (le droit du représentant commercial n'est pas transmissible par voie de *cession*).

[2] Ni soustraire son patron à la juridiction ordinaire en acceptant un arbitrage (*R. j. f.* VIII, 35).

[3] *A. T. F.* XII, 629. — Les restrictions à ce sujet contenues dans les statuts ou les règlements de l'établissement ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi (ibid.).

Alors que l'art. 422, al. 2, prévoit l'inscription de la procura-
u registre du commerce, rien de pareil n'est prescrit pour le
at commercial, — ni pour le constituer, ni pour le révoquer.
si les pouvoirs du fondé de procuration ne peuvent être vala-
ent *restreints* à l'égard des tiers de bonne foi, en dehors des
mentionnés au 2me al. de l'art. 423, on pourrait être tenté d'ad-
e que ceux du mandataire commercial peuvent l'être parfaite-
envers les tiers (de bonne foi, ou non, peu importe, car l'art.
e distingue pas; solution contraire, art. 423), par inscription
gistre du commerce. Il ne nous paraît pas que le législateur
ulu traiter différemment les deux cas; l'intérêt du crédit a été
lui, dans l'hypothèse de l'art. 426 comme dans celle de l'art.
a considération prédominante. Or il serait évidemment préju-
le au crédit de décider qu'une personne, qui croit de bonne
ir avec un mandataire commercial dont les pouvoirs sont ré-
ar l'art. 426, pourra être victime de restrictions à elle incon-
fussent-elles même publiées dans le registre du commerce.
on entre dans un magasin, dit avec raison M. Haberstich.
t donc supposer que le mandataire commercial préposé à la
 le droit de débiter la marchandise, d'en fixer le prix et d'en
quittance; ou, quand on traite avec un établissement finan-
e le caissier est autorisé à toucher des fonds et à en fournir
issance, quelles que soient d'ailleurs les restrictions appor-
 pouvoirs du représentant par le chef de la maison. Comme
magne, il faut que ce principe soit consacré en Suisse:
 la preuve des restrictions incombe au mandant et qu'elles
opposables aux tiers que s'ils les ont connues ou s'ils
s connaître.
procuration de l'art. 422 ne peut être délivrée que par le
a maison; celle de l'art. 426 peut l'être aussi par un « pro-
et n'est pas inscrite au registre du commerce.
ique la chose soit possible et ne soit nullement en contra-
ec la loi, il n'est guère probable qu'un mandat commer-
jamais décerné collectivement (cfr. art. 424); la marche
es ne le permet pour ainsi dire pas.

)u'en est-il des usurpations de pouvoirs commises par le
e commercial? Les art. 46 et s. sont applicables.

uid du dommage occasionné par le mandataire commer-
de l'accomplissement de son mandat? Les art. 62 et 115
comme pour le fondé de procuration. D'un autre côté,
ations à raison de l'inexécution des obligations assumées
devraient, sous peine de nullité, se faire lors des règle-
mpte périodiques[1].

X. 619 et s.

CHAPITRE IV

Dispositions communes aux fondés de procuration et aux mandataires commerciaux.

558. Ces dispositions communes sont renfermées aux art. 427 et 428. *Le fondé de procuration et le mandataire commercial qui a la direction de toute la maison ou qui est au service*[1] *du chef de l'établissement ne peuvent, sans l'autorisation de celui-ci, faire pour leur compte personnel ou pour le compte d'un tiers des opérations rentrant dans le genre d'affaires de la maison. — S'ils contreviennent à cette disposition, le chef a contre eux une action en dommages et intérêts ; il peut aussi exiger que les opérations soient censées faites pour son compte* (art. 427), — et cela par une simple déclaration unilatérale de sa part (cas de *cessio necessaria*, art. 185)[2]. Pour que le chef de la maison soit obligé par les actes de son fondé de procuration ou de son mandataire commercial, il faut naturellement que ces actes aient été faits au nom du mandant (voir art. 39 et s.). Quant aux opérations auxquelles le fondé de pouvoirs se livrerait pour son compte personnel ou pour le compte d'un tiers, elles n'engagent point le mandant ; toutefois, si elles « rentraient dans le genre d'affaires de la maison », si elles constituaient un fait de concurrence, elles ne pourraient avoir lieu sans l'autorisation, expresse ou tacite, du chef de la maison. Par autorisation tacite, on doit comprendre entre autres l'omission, de la part du mandant, d'avoir formellement interdit toute concurrence au fondé de procuration ou au mandataire commercial, lorsqu'il savait, au moment où les pouvoirs étaient conférés, que le fondé de procuration ou le mandataire commercial faisait, pour son compte personnel ou le compte d'un tiers, des affaires semblables à celles de la maison (*sic*, Code com. all. art. 56, al. 2). En cas de contravention, on applique l'art. 427 *in fine* ; le mandant a droit à des dommages et intérêts, et (cumulativement, s'il le juge à propos) il peut faire siennes les opérations du manda-

[1] Texte allemand : *in einem Dienstverhältnisse*, — dans un rapport de louage de services avec le chef de l'établissement.

[2] *J. d. T.* XL, 11.

taire, mais seulement, quoique notre Code ne le dise pas, celles que celui-ci a faites *pour son compte personnel*. Quant aux opérations faites *pour le compte d'un tiers*, au mépris de l'art. 427, il est évident qu'elles sont valables, que le maître ou mandant ne peut se les approprier, et que, de ce chef, il n'a droit, le cas échéant, qu'à des dommages et intérêts. Cette distinction, établie à l'art. 56, al. 3, du Code com. all., n'a pas été reproduite, en propres termes, par notre loi ; mais elle est inévitable.

N'oublions pas qu'une contravention à l'art. 427 pourrait donner au chef de la maison le droit de congédier son mandataire, sans indemnité (cfr. art. 346), outre les facultés qui lui sont accordées à la fin du même article.

559. Les causes *d'extinction* du mandat ordinaire des art. 392 et s. s'appliquent à la procuration de l'art. 422 comme au mandat commercial de l'art. 426. Il y a néanmoins certaines réserves à faire : elles sont spécifiées à l'art. 428 : *La procuration et le mandat commercial sont révocables en tout temps* (par l'une et l'autre des parties ; cfr. art. 40, 402 et 562), *sans préjudice des droits résultant du louage de services* (al. 1). Ni le fondé de procuration, ni le mandataire commercial ne sont de simples représentants dans le sens des art. 36 et suiv., ou même 392 et suiv. En effet, le contrat de mandat se complique ici, en général[1], d'un louage de services qui sont promis pour un temps plus ou moins long, et alors il convient de s'en tenir aux prescriptions de l'art. 346 en ce qui concerne la résiliation anticipée de ce contrat.

Relativement aux *effets* de la révocation à l'égard des *tiers*, il faut distinguer :

1° Pour être opposable aux tiers de bonne foi, la révocation de la procuration doit être inscrite sur le registre du commerce (voir, plus haut, art. 425) ; mais, une fois inscrite et publiée, elle est opposable aux tiers, même de bonne foi. La révocation est toujours opposable aux tiers de mauvaise foi.

2° La révocation du mandat commercial ne s'inscrit pas au registre du commerce. Dès lors, elle n'est opposable qu'à ceux qui en ont connaissance, qu'aux tiers de mauvaise foi. Pour se prémunir contre les effets d'actes accomplis par le mandataire après sa révocation, il faudra publier celle-ci par voie d'annonces, de circulaires, etc. ; mais nous répétons que les tiers qui n'en auront point connaissance contracteront valablement avec le mandataire dont la révocation aurait été rendue publique. Dans la pratique, les difficultés ne seront pas aussi nombreuses qu'on serait tenté de le croire, la ré-

[1] Ce n'est toutefois pas absolument nécessaire ; ainsi une femme commerçante peut avoir son mari comme mandataire ou fondé de procuration, un négociant son épouse, etc.

vocation procédant presque toujours de circonstances de fai son a cessé son commerce, le mandataire a été chassé du où il était employé, etc.).

Tandis que le mandat ordinaire finit par la mort, l'inca faillite, soit du mandant, soit du mandataire, l'art. 428, a pose : *La mort du chef de la maison n'entraine pas l'ex de la procuration ni du mandat commercial,* — mais autrement de la *dissolution de la société* qui a conféré les (cfr. art. 42 et 45), sauf que, à l'égard des tiers, l'extinctic glée par l'art. 425, al. 2, pour la procuration, et que, dans dat commercial, elle n'a d'effets envers eux que s'ils l'ont Afin de ne pas rendre plus désastreuses les conséquences du chef de la maison et de ne pas augmenter la perturbati résultera dans les affaires, la loi maintient la procuratior le mandat commercial, sous réserve pour les héritiers de en conformité de l'art. 428, al. 1 (cfr. art. 346 et 347). La fondé de pouvoirs met par contre fin au mandat.

560. Deux questions veulent encore être touchées d'un

1° La procuration peut-elle être limitée à la vie du cl maison ? Evidemment, mais une pareille restriction ne lie tiers de bonne foi (cfr. art. 423 comb. avec 428). Du reste, peuvent, après la mort du mandant, valablement contracte fondé de procuration ou le mandataire commercial aussi lo (pour la procuration) que la révocation des pouvoirs n'est crite au registre du commerce et publiée ou qu'ils ne l'ont nue, et (pour le mandat commercial) qu'elle n'est point pa leur connaissance.

2° Quel est l'effet de l'*incapacité* ou de la *faillite* du c maison ? Ces cas doivent-ils être assimilés à celui de la moi retombons dans le droit commun (cfr. art. 42). Ce sor causes d'extinction des pouvoirs, d'ailleurs pour le ma comme pour le mandant ; mais les pouvoirs ne cessent d' l'égard des tiers (pour la procuration) que lorsque le fai expiration a été inscrit et publié ou leur est connu, et (pour dat commercial) que lorsque ce fait est arrivé d'une ma d'une autre à leur connaissance ; voir l'art. 176 de la loi sur la poursuite pour dettes, d'après lequel il est sans doute de publier la révocation, quand la faillite du chef de la mai rendue publique.

CHAPITRE V

Des voyageurs de commerce.

561. Les voyageurs de commerce, qu'ils soient au service du chef de la maison d'une manière permanente ou non (commis-voyageurs, voyageurs à la provision), ont-ils le droit de faire des encaissements ? Oui, dit l'art. 49 du Code com. al., s'ils sont de véritables mandataires commerciaux. Oui, dans le petit commerce, répond l'art. 1292 du Code civil zurichois. Oui, d'après le projet de M. Munzinger, pour les commis-voyageurs au service permanent d'un chef de maison. Non, de nouveau, suivant le projet du Conseil fédéral. En fin de compte, on adopta l'art. 429[1] (cfr. art. 338 et s.), qui est conforme aux usages du commerce et dont voici la teneur : *Tout voyageur de commerce qui fait pour un établissement déterminé des affaires en dehors du lieu où il a son siège est réputé avoir les pouvoirs nécessaires pour toucher le prix des ventes conclues par lui au nom du chef de l'établissement, pour en donner quittance, ou pour accorder des délais aux débiteurs*[2]. *S'il a été apporté une restriction à ces pouvoirs, elle n'est pas opposable aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance.* Il est bien vrai de dire qu'il serait contraire à la sécurité du commerce d'exposer des acheteurs qui ont payé leurs factures au voyageur de la maison venderesse à payer deux fois, dans l'éventualité où ce dernier aurait abusé de la confiance de son mandant. Il est exact aussi de prétendre que le mandant est, en somme, responsable envers les tiers de bonne foi du mauvais choix de son mandataire. La solution de l'art. 429 serait donc très recommandable, si elle visait tous les voyageurs

[1] *R. j. f.* XVI, 76 (ce texte n'est pas applicable aux *courtiers* jouant le rôle de simples intermédiaires).

[2] Sous réserve des pouvoirs plus étendus que peut lui conférer le maître. expressément ou tacitement, avec effet à l'égard des tiers (*R. O. H. G.* IV, 298, XV, 407 ; *Staub*, 94). Cfr. *R. j. f.* XI, 119 (il est d'usage sur certaines places, ainsi à Genève, de payer entre les mains des *courtiers* ou représentants le montant des sommes dues aux maisons représentées, si les sommes sont de peu d'importance).

de commerce et non seulement ceux « qui font des affaires pour un établissement déterminé ». Mais elle distingue entre ceux-ci et les autres, comme les voyageurs à la provision, qui sont au service, non point d'une maison, mais de deux, trois, quatre ou davantage et dont les services n'ont pas un caractère de permanence. Comment les tiers sauront-ils s'ils se trouvent en présence d'un voyageur de commerce de l'espèce prévue à l'art. 429, ou d'une catégorie différente ? Il faudra dès lors que les acheteurs se renseignent soigneusement avant de payer ou qu'ils paient directement entre les mains du chef de la maison ou d'un représentant ayant incontestablement qualité pour toucher des fonds. L'art. 429 perd ainsi de sa valeur pratique.

562. On n'a pas oublié que les voyageurs de commerce ne sont présumés avoir les pouvoirs nécessaires pour toucher le prix des *ventes par eux conclues*, que s'ils font ces encaissements dans un *autre lieu* que celui du siège de la maison. N'oublions pas non plus que ces pouvoirs peuvent être supprimés, ou restreints valablement, ou révoqués, mais que des clauses de cette nature ou la révocation ne sont opposables qu'aux tiers de mauvaise foi, — les tiers de bonne foi, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas eu connaissance soit des restrictions apportées aux droits du voyageur soit de la révocation de ses pouvoirs, étant fondés à invoquer la présomption légale de l'art. 429. Enfin, notons encore que les voyageurs de commerce attachés d'une manière permanente au service de la maison ont, outre la faculté de recevoir les paiements des ventes conclues par eux sur une autre place que celle du siège de la maison et de donner quittance, celle d'*accorder des délais* au débiteur, mais non point de transiger avec lui, de consentir à la remise totale ou partielle de la dette, à un concordat, à la compensation, etc.

Quant aux agents commerciaux, voyageurs à la provision, ils n'ont pas, en principe, le droit de faire des encaissements. Toutefois ce droit peut, même envers eux, résulter des circonstances. Il en est de même, pour les voyageurs de commerce de l'art. 429, à l'égard de la perception du prix des ventes non conclues par eux.

CHAPITRE VI

Des autres employés commerciaux.

563. La loi ne s'occupe que des fondés de procuration, des mandataires commerciaux et des voyageurs de commerce. Qu'en est-il des pouvoirs des autres personnes employées dans une entreprise, un négoce, commis, agents, filles de magasin, apprentis et autres ? Ils représentent aussi leur maître, dans une certaine mesure qui devra être déterminée pour chaque cas particulier. Ainsi, le commis à la vente est réputé, sauf avis contraire affiché à l'entrée du magasin, sauf existence d'une caisse à la porte, etc., être autorisé à toucher le montant des ventes par lui conclues et à en donner valable quittance. Ce seront là, encore une fois, des *quæstiones facti*[1].

[1] *A. T. F.* XV, 336, XIX, 863 (« l'expression d'*agent* ou de *représentant* n'a pas de sens juridique précis ; elle peut désigner un commis et aussi un négociant qui conclut des actes de commerce ou qui en fait le courtage pour le compte d'un tiers »).

TITRE SEIZIÈME

DU CONTRAT DE COMMISSION[1]

CHAPITRE PREMIER

Nature et caractères de la commission.

564. Le Code fédéral ne traite ici que des commissionnaires d'achat et de vente, réservant au titre suivant la matière des commissionnaires de transport ou expéditeurs.

La commission n'est qu'une variété du mandat. Elle se distingue cependant du mandat proprement dit : 1° en ce qu'elle est *salariée* de sa nature (cfr. art. 392, al. 2) ; 2° en ce que le commissionnaire agit *sous son propre nom*[2], pour le compte d'autrui (cfr. art. 392, al. 1). Mais, au contraire du droit commercial allemand ou français, il n'est point nécessaire que le commissionnaire fasse profession d'agir pour le compte d'autrui ; toute personne, dans un cas isolé, peut devenir un commissionnaire, pourvu que son mandat rentre dans les termes de l'art. 430[3] dont voici d'ailleurs le texte : *Le commissionnaire est celui qui se charge d'opérer, sous son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de titres, moyennant un droit de com-*

[1] *Staub*, 966 et s. ; *Thaller*, 585 et s. ; *Haberstich*, II, 262 et s. ; *Jacottet*, 253 et s. ; *Schneider et Fick*, 615 et s. ; *Hafner*, 239 et s. ; *Munzinger*, Motifs, 259 et s. *J. d. T.* XXIX, 151. *A. T. F.* XII, 461, XV, 338, XVI, 572, XIX, 538, XXI 496.

[2] *H. E.* IX, 192.

[3] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXI, 471 et s. (la loi applicable pour les effets d'un contrat de commission à la vente dont le lieu d'exécution est à l'étranger, est la loi étrangère ; arrêt du T. F., du 18 Juillet 1885).

mission ou provision. Tandis qu'entre le commissionnaire et le commettant, le contrat de commission est un simple mandat, soumis, il est vrai, à certaines règles particulières, le commissionnaire, contractant sous son propre nom, devient lui-même créancier et débiteur des tiers avec lesquels il fait des opérations et n'engage point son commettant. Le commissionnaire n'est pas même tenu d'indiquer à celui avec lequel il traite, le nom de celui pour le compte duquel il agit. Tandis encore qu'en droit commercial français et allemand, le contrat de commission peut avoir pour objet les actes de commerce les plus divers, achat, vente, transport, création de lettres de change, etc., notre loi ne permet au commissionnaire des art. 430 et s. d'opérer comme tel que la *vente* ou l'*achat* de choses mobilières ou de papiers-valeurs *(Werthpapiere)*. Un des éléments essentiels du contrat est la *provision*, c'est-à-dire la rémunération payée par le commettant au commissionnaire et qui consiste généralement dans un tant pour cent sur le montant de l'affaire, sur le prix de l'achat ou celui de la vente. Dans le cas d'une commission pour la vente, cette provision sous forme de tantième engagera le commissionnaire à vendre le plus cher possible, aussi bien dans son propre intérêt que dans celui du commettant. Lors d'une convention de *ducroire* (art. 438, al. 2), le droit de commission est souvent, en France du moins, porté au double du taux ordinaire, en considération du fait que le commissionnaire se porte garant de celui avec lequel il traite.

La commission à la vente s'appelle *consignation*[1], lorsque la marchandise à vendre est confiée au commissionnaire ; ici, le vendeur reste propriétaire jusqu'à la vente opérée.

565. La commission est bien l'un des instruments les plus actifs du développement et de la prospérité du commerce. Par la faculté qu'elle donne aux négociants tout spécialement de faire, sans se déplacer, des opérations dans une contrée lointaine, d'un pays et même d'un continent à un autre, elle évite des pertes considérables de temps et d'argent. D'un autre côté, le commissionnaire qui opère en son nom, qui est connu des tiers avec lesquels il se met en relations, qui s'oblige lui-même, jouira d'un tout autre crédit et réussira tout autrement à faire des affaires, qu'un fondé de procuration, un mandataire, un voyageur de commerce qui, agissant au nom d'un patron souvent peu connu dans le lieu de la vente ou de l'achat, ne jouissent pas d'un crédit personnel et n'offrent que des garanties incertaines. Il convient aussi de rappeler que le salaire des commis ou préposés leur est dû même lorsqu'ils ne font aucune opération ; au contraire, la provision des commissionnaires se calcule d'après

[1] *A. T. F.* XV, 403, 797.

l'importance des affaires qu'ils ont effectivement traitées. Enfin, le commissionnaire pourra, la plupart du temps, vendre plus cher et surtout acheter à meilleur compte que si le commettant vendait ou achetait lui-même ; ainsi un négociant en détail, qui ne pourrait s'approvisionner directement chez le fabricant, et devrait passer par le marchand en gros, s'abouchera avec un commissionnaire qui achètera en fabrique, et la provision de celui-ci sera sûrement inférieure au bénéfice du marchand en gros sur le prix de fabrique.

566. Dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire seulement — à l'égard des tiers, la situation est très différente, nous l'avons montré, — l'art. 431[1] dispose : *Les règles du mandat sont applicables au contrat de commission, sauf les dérogations résultant du présent titre.* Les prescriptions légales auxquelles renvoie l'art. 431 sont les art. 393, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403 et 404, — ces derniers ayant trait aux *causes d'extinction* du mandat, qui sont les mêmes pour la commission. En particulier, le contrat de commission est dénonçable en tout temps, sauf l'art. 402, al. 2.

CHAPITRE II

Obligations et droits du commissionnaire.

SECTION PREMIÈRE

Ses obligations.

567. Comme l'art. 392 l'établit pour le mandataire, le commissionnaire « doit gérer selon la volonté » du commettant. D'autre part, il doit rendre compte de l'opération accomplie. Il doit enfin, dans certains cas, la garantie des obligations contractées envers lui par les tiers avec lesquels il a traité.

[1] *A. T. F.* XXI, 802 et s. (inobservation du contrat, droit du commissionnaire à la provision pour affaires indûment conclues par le commettant, dommages et intérêts); cfr. *ibid.* XVI, 572 (révocation), ainsi que *H. E.* XII, 89 (spécialement l'art. 460 C. O.), XIII, 219.

568. 1. *Obligation de se conformer à la volonté expresse ou présumée du commettant*. Il se peut que des instructions précises aient été données par le commettant, ou que les instructions données soient tout à fait générales, ou encore que toute liberté ait été laissée au commissionnaire. Dans les cas où des ordres ont été donnés, le commissionnaire devra les exécuter ponctuellement ; lorsque des instructions précises feront défaut, il n'en devra pas moins agir au mieux des intérêts du commettant. Sa responsabilité sera sévèrement appréciée en cas de faute (cfr. art. 113).

569. En outre, l'art. 432 prescrit ce qui suit : *Le commissionnaire doit tenir le commettant au courant de ses actes et, en particulier, l'informer immédiatement de l'exécution de la commission* (al. 1). Il doit tenir le commettant au courant de ses actes, c'est-à-dire (comme l'explique le texte allemand : *hat dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben*, etc., — « doit fournir au commettant les renseignements nécessaires ») qu'il a l'obligation de l'informer, suivant les circonstances qui différeront pour chaque espèce, de tout ce qui peut compromettre, faciliter ou assurer le succès de l'opération : oscillations des prix du marché, événements prévus ou survenus destinés à influer sur l'affaire commissionnée, offres faites relativement à la marchandise à vendre ou à acheter, quand bien même elles ne rentreraient pas dans le cadre des instructions reçues, etc. Entre autres, il doit l'aviser sans délai de l'exécution de la commission ; le défaut d'un semblable avis peut non seulement exposer le commissionnaire à des dommages et intérêts, mais, le cas échéant, exonérer même le commettant de toutes ses obligations envers le commissionnaire. D'autre part, le silence gardé par le commettant après la réception d'une offre ou d'un avis du commissionnaire, pourra être interprété comme une acceptation ou une ratification[1]. En revanche, le commissionnaire n'est pas astreint à être tout le temps à la disposition du commettant pour des entretiens[2]. Enfin, dit l'art. 432, al. 2 : *Il n'est tenu d'assurer les marchandises en commission que si le commettant lui en a donné l'ordre*. Faute d'ordres exprès, le commissionnaire ne supporte pas les risques de la chose : incendie, naufrage, transport. Mais peut-il assurer les marchandises en commission, à défaut d'ordres ? Oui, dans la plupart des cas, lorsque la prudence le commandera, et alors les primes d'assurance seront à la charge du commettant.

570. Le commissionnaire doit, au surplus, veiller à la conservation des droits du commettant. L'art. 433 prescrit entre autres : *Si*

[1] *A. T. F.* XII, 316.
[2] *H. E.* VII, 6.

la marchandise expédiée en commission pour être vendue se trouve dans un état visiblement défectueux[1], *le commissionnaire doit* (cfr. art. 462 et 457 et s.) *réserver les droits de recours contre le voiturier, faire constater les avaries, assurer de son mieux la conservation de la chose, et enfin avertir sans retard le commettant. — Sinon il répond du préjudice causé par sa négligence.* Il est parlé ici de marchandise consignée et l'on peut rapprocher de l'art. 432 les règles de l'art. 248; faisons observer toutefois que l'art. 246[2] n'est pas applicable par analogie au commissionnaire, qui n'a en principe pas l'obligation de vérifier, mais seulement celle de s'occuper, dans le sens de notre article, des « défauts visibles », et l'art. 443 ne concerne pas la commission à l'achat. *Lorsqu'il est à craindre que la marchandise expédiée en commission pour être vendue, ne se détériore promptement* (cfr. art. 248, al. 3), *le commissionnaire a le droit, et même, si l'intérêt du commettant l'exige, l'obligation de la faire vendre avec l'assistance de l'autorité compétente du lieu où elle se trouve* (art. 434). Si le commettant peut être prévenu à temps utile pour prendre les mesures nécessaires, le commissionnaire devra l'avertir avant de procéder à la vente (cfr. aussi art. 455), sous peine de tous dommages et intérêts dans l'hypothèse où l'omission de cet avis aurait occasionné un préjudice au commettant.

571. 2. *Obligation de rendre compte.* Le commissionnaire est tenu de rendre compte, à l'égal de toute personne chargée d'agir dans l'intérêt d'autrui. Il doit, sous réserve des obligations qui lui incombent selon l'art. 432, rendre compte de sa gestion, faire état au commettant du prix des ventes ou des achats opérés par lui, etc. Les conséquences de cette obligation sont les suivantes :

Art. 435 : *Le commissionnaire qui a vendu au-dessous du prix minimum fixé par le commettant, est tenu envers lui de la différence s'il ne prouve pas qu'en vendant il a préservé le commettant d'un dommage et que les circonstances ne lui ont pas permis de prendre ses ordres.* Il devra prouver notamment que toute vente ultérieure eût donné des résultats plus défavorables encore, et que par suite de la baisse soudaine, et, selon toute apparence, constante des prix, il ne lui a pas été possible de réclamer des instructions à temps ; sa bonne foi et sa diligence ne le libèrent pas, s'il ne fournit la preuve dont parle notre article. Le « prix minimum » se rapporte au produit brut de la marchandise, déduction faite des impenses et de la provision, à moins de convention con-

[1] C.-à-d. dont l'état défectueux peut être constaté avec une attention suffisante (*Hafner*, ad art. 433; cfr. *A. T. F.* XXI, 286).

[2] *H. E.* IV, 22.

traire. S'il n'y a pas eu de prix minimum fixé, le commissionnaire sera autorisé à vendre *au mieux* des intérêts du commettant. Dans le cas d'une faute imputable au commissionnaire, celui-ci devrait la réparation de tout le préjudice causé par la violation du contrat, au delà même de la différence de prix ; cette solution est d'autant plus juste, qu'il provoquera peut-être une baisse générale dont le commettant souffrira.

Art. 436 : *Le commissionnaire qui achète à plus bas prix ou qui vend plus cher que ne le portaient les ordres du commettant, ne peut bénéficier de la différence, mais doit en tenir compte à ce dernier.* L'exécution du mandat ne doit pas enrichir le mandataire. En dehors des sommes qu'il a déboursées, le commissionnaire ne peut exiger que sa provision. Partant, il ne peut revendiquer pour lui tout ou partie du bénéfice résultant de l'opération, ni réclamer au commettant au delà de ce qui a été payé. Tout doit se passer selon les règles de la loyauté commerciale et toute contravention à l'art. 436 pourrait être envisagée comme un abus de confiance ; voir aussi art. 441. L'usage des *doubles factures*, en particulier, est frauduleux ; la « double facture » consiste dans le fait que le commissionnaire, qui veut réaliser un bénéfice illicite sur la commission, obtient du vendeur deux factures, l'une qu'il conserve pour lui-même et qui mentionne le prix réellement payé, l'autre qu'il remet au commettant et qui indique un prix supérieur. Comme il est du droit du commettant de se faire rendre compte, avec pièces à l'appui, comme il peut, au surplus, aller aux renseignements, il lui sera facile de découvrir toute pratique contraire à l'art. 546.

572. 3. *Obligation à garantie. — Du commissionnaire ducroire*[1]. Le commissionnaire agissant pour le compte d'autrui, il est bien responsable des fautes qu'il commet dans l'exécution de la commission, mais, en principe, il est déchargé de toute responsabilité lorsque l'inexécution du contrat fait par son entremise ne lui est nullement imputable. En d'autres termes, il n'est qu'exceptionnellement garant du paiement et de l'exécution des autres obligations contractées envers lui par les tiers avec lesquels il a traité en son nom, mais pour le compte du commettant. Ces exceptions sont :

1° *Le commissionnaire agit à ses risques et périls s'il fait crédit ou s'il avance des fonds à un tiers sans le consentement du commettant. — Toutefois, à moins d'instructions contraires, le commissionnaire peut vendre à crédit si tel est l'usage du commerce dans le lieu de la vente* (art. 437). Le consentement du commettant peut être exprès ou tacite ; il y aura consentement tacite lorsque, par son silence, le commettant ratifiera des crédits ou-

[1] *A. T. F.* XV, 338.

verts ou des avances de fonds dont il aura connu l'existence. Du reste, les usages du commerce, du moins dans le commerce en gros, admettent les ventes à crédit que le commissionnaire pourra faire, sans encourir de responsabilité, s'il n'a pas reçu d'instructions contraires. Mais il est évident que, même dans ce cas, il répondrait de ventes conclues à crédit avec des personnes notoirement insolvables. Quant aux avances de fonds, il ne peut jamais en faire qu'à ses risques et périls, à moins d'autorisation implicite ou explicite du commettant.

2° *Sauf le cas où le commissionnaire fait crédit sans en avoir le droit* (ou des avances de fonds, cfr. art. 437), *il n'est garant du paiement et de l'exécution des autres obligations qui incombent à ceux avec lesquels il a traité, que s'il a expressément assumé cette responsabilité ou si tel est l'usage du commerce dans le lieu où il est établi* (art. 438, al. 1). Il faut distinguer. Le commissionnaire est garant, en outre, de l'exécution des obligations contractées envers lui par les tiers avec lesquels il a traité :

a) Même en l'absence de toute convention à ce sujet, *si tel est l'usage du commerce du lieu où il est établi;*

b) *S'il s'est rendu garant de l'opération faite par lui.* Une telle stipulation est dite de *ducroire* (des mots italiens : *del credere,* qui signifient : avoir confiance). On appelle aussi *ducroire* ou *commissionnaire ducroire,* le commissionnaire qui s'est rendu, dans cette mesure, garant de l'opération faite par lui ; le mot s'applique enfin à la provision due dans ce cas et qui est généralement double du droit ordinaire. Cette clause se rencontre surtout dans le contrat de commission à la vente ; elle constitue une espèce d'assurance au profit du commettant. Le ducroire diffère d'ailleurs du cautionnement, en ce que le commissionnaire ne jouit pas du bénéfice de discussion. L'opération n'étant pas exécutée, le prix de la vente, par exemple, n'étant pas payé par le tiers acquéreur, le commettant peut s'adresser directement au commissionnaire sans avoir à discuter d'abord le tiers avec lequel celui-ci a traité. Mais le commissionnaire actionné en vertu de la convention de ducroire peut opposer toutes les exceptions qui auraient pu être formulées contre lui par son co-contractant, pour autant qu'elles n'ont pas leur source dans une faute commise par lui, commissionnaire. L'art. 438, al. 2, dit au surplus : *Le commissionnaire qui se porte garant de celui avec lequel il traite, a droit à une commission spéciale (ducroire),* — à moins que le contraire n'ait été convenu, cela va de soi. Et, sauf ce dernier cas, la provision est due même s'il n'y avait pas eu de garantie effectivement assumée, la vente s'étant faite au comptant, par exemple [1].

[1] Sic, *Hafner,* 245 ; contra, *Staub,* 996.

Pour les droits du commettant dans la *faillite* du commissionnaire, voir art. 202 L. P.

SECTION DEUXIÈME

Ses droits.

573. Le commissionnaire peut élever diverses réclamations contre le commettant: remboursement de ses *débours*, paiement de sa *provision* lorsque l'opération dont il était chargé a reçu son exécution, ainsi que des frais de *magasinage et de transport*. Examinons ces diverses réclamations l'une après l'autre :

1° *Le commissionnaire,* dit l'art. 439, *a droit* (cfr. art. 400, 445) *au remboursement, avec intérêts* (cfr. art. 83), *de tous les frais, avances et débours faits en vue de l'opération dont il a été chargé*[1] (al. 1). Ce texte est inexact, en ce que le commissionnaire ne peut pas se faire rembourser tout ce qu'il a dépensé « en vue de l'opération », mais ce qu'il a dépensé *dans l'intérêt du commettant* (voir texte allemand) ; ou, comme le dit avec plus de précision encore l'art. 371 C. com. al., il est autorisé à « répéter tous les débours nécessaires ou utiles à l'exécution de l'opération ». Il va sans dire que le commettant n'aura pas à rembourser des frais et avances complètement superflus, qui ne pouvaient tourner à son avantage, etc. On s'est demandé quelle était la signification des mots : frais, avances et débours, s'il fallait comprendre par là les droits d'entrée, les frais d'insertion[2] et autres. Evidemment, car la loi ne distingue pas ; tous *(alle)* les débours du commissionnaire faits dans l'intérêt du commettant sont à rembourser (droits de péage, primes d'assurances, annonces, etc.), à moins de convention contraire, mais non point, évidemment, le salaire de son personnel (voir chif. 2 ci-après).

2° *Il* (le commissionnaire) *peut aussi porter en compte une indemnité pour le magasinage et les moyens de transport, mais non le salaire de ses employés*[3] (art. 439, al. 2). Le travail de ses

[1] *A. T. F.* XVIII, 546.

[2] MM. Schneider et Fick admettent à tort, selon nous, que les frais d'insertion sont à la charge du commissionnaire. Ils se fondent sur une décision des tribunaux zurichois, mais cette décision ne préjuge en rien la question qui se résoudra d'après les termes de l'art. 439. Les usages locaux joueront d'ailleurs un grand rôle en cette matière, à titre de *lex contractus*.

[3] *R. j. f.* XI, 120.

employés est assimilé à son travail à lui ; en conséquence, il en est suffisamment indemnisé par sa provision. L'art. 371 du Code de commerce allemand permet au commissionnaire de porter en compte « le travail de ses gens ».

3º *La provision est due au commissionnaire lorsque l'opération dont il était chargé a reçu son exécution. Pour les affaires qui n'ont pu être exécutées, le commissionnaire ne peut réclamer qu'une indemnité à raison de ses démarches, selon l'usage de la place* (art. 440). Le droit à la provision dépend absolument, non pas de la simple conclusion de l'achat ou de la vente, mais de l'exécution du contrat passé par le commissionnaire pour le compte du commettant. En effet, le commissionnaire doit être intéressé à traiter sérieusement les affaires qui lui sont confiées, et une rémunération ne lui est due, en principe, que s'il a réussi[1]. Comme nous l'avons fait observer, la provision est fixée soit par la convention, soit par l'usage des lieux, et elle est, en général, d'un tant pour cent sur le montant de l'opération. Lors d'une convention de ducroire (cfr. art. 438), le droit à la commission est, dans la règle, le double du taux ordinaire. Si, au lieu d'une provision, c'est une part dans le bénéfice qui a été stipulée, le commissionnaire peut cependant réclamer la provision habituelle, lorsque la réalisation d'un bénéfice a été empêchée par le fait du commettant. Pour les affaires qui n'ont pu être exécutées, il n'est, à moins que l'inexécution n'en soit imputable au commettant[2], pas dû de provision au commissionnaire, mais seulement une indemnité à raison de ses démarches, suivant l'usage de la place où il est établi (c'est l'*Auslieferungsprovision* du Code de com. al.) ; cette indemnité ne pourra guère être réclamée que dans la commission à la vente, lorsque la marchandise ayant été remise en consignation au commissionnaire, elle est ensuite rendue au commettant à raison de la révocation du mandat, ou lorsque le commettant en dispose autrement, ou lorsque la vente en devient impossible par sa faute ou par cas fortuit. Cependant l'art. 440 ne restreint nullement, dans cette mesure, le droit à l'indemnité usuelle pour démarches faites.

574. *Le commissionnaire perd tout droit à la provision, s'il*

[1] *R. j. f.* IV, 186 (à moins d'usage ou convention contraire, la provision assurée à un voyageur (*Provisionreisender*) n'est due que pour les affaires conclues par l'intermédiaire de ce voyageur personnellement, et non pour toutes les affaires quelconques faites avec des clients qui ont été mis en relations d'affaires par lui avec la maison qu'il représente, même sans qu'il ait servi d'intermédiaire pour chaque opération spéciale ; mais, en général, la provision est due au voyageur pour toute affaire *conclue*, lors même qu'elle n'aurait pas été exécutée, dès que le mandant a été avisé de l'affaire faite); *H. E.* IX, 192, *A. T. F.* XIX, 883.

[2] *Zeitsch. des bern. J. V.* XX, 433 ; cfr. *A. T. F.* XV, 802, XVIII, 546.

s'est rendu coupable d'actes de mauvaise foi envers le commettant, notamment s'il a porté en compte un prix supérieur à celui de l'achat ou inférieur à celui de la vente (cfr. art. 436). — *En outre, dans ces deux cas, le commettant a le droit d'actionner le commissionnaire lui-même comme acheteur ou comme vendeur* (art. 441). Cet article est une innovation de M. Munzinger. Mais les conséquences auxquelles il expose le commissionnaire déloyal ne sont pas les seules qui puissent frapper ce dernier ; outre la perte de la provision, il peut encourir des poursuites pénales, le cas échéant. Et, même au point de vue civil, le commissionnaire n'est pas seulement privé de tout droit à la provision lorsqu'il agit frauduleusement et, en particulier, lorsqu'il contrevient à l'art. 436. S'il a porté en compte un prix supérieur à celui de l'achat ou inférieur à celui de la vente, le commettant a le droit de l'actionner comme acheteur ou comme vendeur, c'est-à-dire qu'il peut, d'après M. Munzinger, « refuser de reconnaître comme conclue pour son compte l'opération que le commissionnaire a faite avec un tiers et dont il n'a pas révélé les conditions réelles, et laisser alors le commissionnaire dans les liens d'une obligation personnelle soit comme vendeur, soit comme acheteur ; en ce cas, le commissionnaire est personnellement tenu du paiement, ou de toute autre exécution du contrat. » En d'autres termes, dans la commission à l'achat, le commissionnaire pourra être contraint de livrer la marchandise, comme s'il en était le vendeur, et pour le prix réel auquel il l'a achetée ; dans la commission à la vente, il sera tenu de payer la marchandise, comme s'il en était l'acheteur, et pour le prix réel auquel il l'a vendue. Dans l'une et l'autre hypothèse, il va de soi que le commissionnaire perd tout droit à la provision.

575. Les droits du commissionnaire sont garantis en conformité de l'art. 442 : *Le commissionnaire a sur les marchandises en commission ou sur le prix qui a été réalisé le* DROIT DE RÉTENTION *défini à l'article 224* (al. 1), — à condition qu'il ait conservé le prix ou les marchandises achetées ou à vendre, ou qu'il se trouve en mesure de disposer de ces dernières au moyen d'un des titres prévus à l'art. 209. Le droit de rétention existe pour toutes les réclamations que le commissionnaire est autorisé à formuler en vertu du contrat de commission, même pour des effets de commerce souscrits par complaisance [1], si d'ailleurs les conditions de l'art. 224 se trouvent remplies. On décide que l'art. 225 est inapplicable en cette matière. Il va sans dire, en revanche, que si le commissionnaire et le commettant sont des négociants, la détention des marchandises ou du prix peut constituer en faveur du commissionnaire un droit de rétention pour d'autres créances que celle résul-

[1] *A. T. F.* XV, 375, XVII, 379.

tant de la commission. En droit commercial allemand, c'est un droit de gage, en droit commercial français un privilège qui garantissent le commissionnaire.

576. En droit zurichois, le commissionnaire ne pouvait, sans le consentement du commettant, ni livrer, comme vendeur, ses propres marchandises, ni acheter pour son compte celles dont la vente lui avait été confiée. Il semble, en effet, que dans une semblable éventualité, le commissionnaire conclurait avec le commettant non pas un contrat de commission mais un contrat de vente. Alors pourquoi traiter le commissionnaire autrement que comme acheteur ou vendeur? On peut néanmoins justifier le principe de l'art. 444 de notre Code, conforme à l'art. 376 du Code de com. al., principe en vertu duquel le commissionnaire est en droit, comme tel, de se porter personnellement acheteur ou vendeur. Le commettant peut avoir un intérêt réel à ce que le commissionnaire livre ou achète lui-même; en effet, le commissionnaire qui se présente sur le marché comme acheteur pour le commettant, fera, par l'augmentation de la demande, hausser le prix de la marchandise au préjudice de son commettant, et, réciproquement, s'il offre la marchandise comme commissionnaire chargé de vendre, il fera fléchir, toujours au détriment du commettant, le prix de la marchandise par l'augmentation de l'offre. Ainsi qu'on l'expliquait dans les *Motifs* du Code de commerce allemand : « Il est vrai que cette faculté ne concorde pas avec la nature du mandat, mais la vente à la commission, grâce à la connexité qui existe entre elle et le négoce même du commissionnaire, a acquis un tel développement qu'il n'est plus possible de s'en tenir strictement aux règles du mandat. L'expérience nous montre que les affaires de commission, notamment celles ayant trait à des marchandises cotées à la bourse ou au marché, passent en majeure partie aux mains de commissionnaires qui ont eux-mêmes un commerce, leur intervention ayant pour but de provoquer une liquidation plus expéditive et plus avantageuse. » C'est donc la loi de l'offre et de la demande qui a donné naissance à l'art. 444 dont voici la teneur : *Le commissionnaire chargé d'acheter ou de vendre des marchandises, des effets de commerce ou des titres* (« des effets de change ou des papiers-valeurs », dit le texte allemand, plus précis) *dont le prix est coté à la bourse ou fixé par un prix-courant* (*Marktpreis*, — prix du marché), *peut, à moins d'ordres contraires du commettant, livrer lui-même comme vendeur la chose qu'il devait acheter, ou conserver comme acheteur celle qu'il devait vendre*[1] (al. 1). Un usage contraire

[1] *A. T. F.* XX, 226; *H. E.* XIV, 200 (dans les cas des art. 444 et 446, le contrat ne devient pas pour autant un contrat de vente et, en particulier, l'art. 267 serait inapplicable).

ne saurait prévaloir — mais bien une convention contraire, ceci n'est pas douteux, — contre la limitation statuée par l'art. 444 à l'égard des titres et marchandises désignés dans ce texte[1]. L'alinéa 2 dit en outre : *En pareil cas, le commissionnaire doit compte du prix d'après la cote de la bourse, ou d'après le prix courant au temps de l'exécution du mandat* (al. 2). Le droit pour le commissionnaire de se porter personnellement acheteur ou vendeur n'est pas général comme le voulait M. Munzinger ; il est restreint aux marchandises et valeurs qui sont cotées à la bourse ou au marché. A l'égard de celles qui ne sont point cotées, le commissionnaire n'est forcément qu'un intermédiaire entre le commettant et les tiers. Le droit d'option que notre article laisse au commissionnaire de traiter en son nom avec un tiers pour le compte du commettant, ou d'intervenir lui-même comme acheteur ou vendeur, n'est pas limité à l'expiration d'un certain délai. Toutefois, lorsqu'il a choisi, il ne lui est plus permis de revenir en arrière. La question de savoir si des marchandises ou valeurs ont un prix de bourse ou de marché, se résout en considération de la place sur laquelle la commission doit être exécutée. Ce prix se calcule d'après la cote au « temps de l'exécution du mandat », c'est-à-dire au moment où l'avis est expédié au commettant que le commissionnaire s'est rendu lui-même acheteur ou vendeur.

577. *Lorsque, dans le cas prévu par l'article 444, le commissionnaire annonce au commettant l'exécution du mandat, sans lui désigner une autre personne comme acheteur ou vendeur, il est censé avoir assumé personnellement les obligations qui incombent respectivement à l'acheteur et au vendeur* (art. 446[2]). Tandis qu'en droit commercial allemand, le commettant a le choix de s'en tenir personnellement au commissionnaire ou de prendre à son compte l'opération conclue avec le tiers, notre loi l'oblige, dans l'hypothèse de l'art. 446, à considérer le commissionnaire lui-même comme acheteur ou vendeur ; cfr. art. 447.

Dans l'espèce de l'art. 444, le commissionnaire qui se porte personnellement acheteur ou vendeur ne perd pas ses droits à la provision. Effectivement, l'art. 445 nous dit : *Si le commissionnaire use de la faculté qui lui est accordée par l'article précédent, il a droit à la provision ordinaire et peut porter en compte les frais d'usage en matière de commission. Pour le surplus, l'opération est assimilée à une vente* (voir art. 229 et s.). On peut opposer notamment l'exception de jeu au commissionnaire qui se trouve dans les conditions prévues ici[3].

[1] *A. T. F.* XXVI[2], 32 et s.

[2] *A. T. F.* XII, 316, XV, 810 ; XVII, 144, XVIII, 866, XXI, 153 (admissibilité de l'*exception du jeu* contre le commissionnaire, dans le cas de l'art. 446).

[3] *A. T. F.* XII, 461.

578. Lorsque l'ordre de vente a été révoqué ou n'a pu être exécuté, le commissionnaire n'est pas tenu de conserver la marchandise au delà du temps nécessaire au commettant pour en disposer ou la reprendre. Mais le commissionnaire ne peut, en considération des frais de transport et de douane inutiles qui pourraient être occasionnés, la retourner au commettant sans le prévenir. C'est seulement en cas de refus de reprendre la chose ou d'en disposer, ou en cas de retard non justifié, que l'art. 443 devient applicable. En voici le texte : *Lorsque, la marchandise n'ayant pu se vendre ou l'ordre de vente ayant été révoqué par le commettant, celui-ci tarde indûment à la reprendre ou à en disposer, le commissionnaire peut poursuivre la vente aux enchères de cette marchandise devant l'autorité compétente du lieu où elle se trouve* (cfr. art. 248, al. 3, 484 et 454). — *Si le commettant n'est ni présent, ni représenté sur la place, la vente peut être ordonnée sans qu'il ait été entendu ; mais un avis officiel doit lui être adressé préalablement, à moins qu'il ne s'agisse de choses exposées à une prompte détérioration.* Tandis que, d'après l'art. 434, le commissionnaire auquel des marchandises sont expédiées pour la vente, peut et *doit* même, l'intérêt du commettant l'exigeant, les faire vendre s'il est à craindre qu'elles ne se détériorent promptement, l'art. 443 n'impose aucune obligation au commissionnaire. Néanmoins si, par suite du retard du commettant à reprendre sa chose ou à en disposer, celle-ci courait le risque de se détériorer, il faudrait en revenir aux règles de l'art. 434.

CHAPITRE III

Obligations et droits du commettant.

579. Il y a, cela va de soi, corrélation intime entre les obligations du commettant et les droits du commissionnaire, les unes étant la source des autres. En conséquence, le commettant est tenu :

1° De rembourser au commissionnaire ses frais, avances et débours avec intérêts (cfr. art. 439, al. 1, 83) ;

2° De lui payer, le cas échéant, les frais de magasinage et de transport, mais non le salaire des employés du commissionnaire (art. 439, al. 2) ;

3° De lui verser le montant de sa provision, lorsque l'opération a reçu son exécution (art. 440, 438, al. 2), à moins qu'il n'ait perdu tout droit à la provision, dans les circonstances prévues à l'art. 441.

580. Les droits du commettant sont la contre-partie des obligations du commissionnaire. Signalons toutefois ici la prescription de l'art. 442, al. 2: *Les dispositions de l'article 399, alinéa 1, sont applicables aux créances acquises pour le compte du commettant.* Ceci revient à dire que, lorsque le commissionnaire a acquis en son propre nom, mais pour le compte du commettant, des créances contre des tiers, ces créances deviennent la propriété du commettant, dès que celui-ci a satisfait à ses diverses obligations envers le commissionnaire. Si ce dernier tombe en faillite, le commettant peut faire valoir les mêmes droits contre la masse. C'est un cas de subrogation légale, le transfert des créances s'opérant en dehors de tout acte de cession, dans l'hypothèse de l'art. 399, al. 1. Le commettant est, bien entendu, exposé à toutes les exceptions que le débiteur aurait pu faire valoir contre le commissionnaire (cfr. art. 187, 189), car, bien qu'il ne puisse pas en disposer à son gré, les céder à un tiers, par exemple, les créances en question sont censées celles du commissionnaire jusqu'à ce que l'autre partie ait accompli toutes ses obligations en vertu de l'art. 399[1].

Le commettant peut invoquer la solidarité de l'art. 401, al. 2 (cfr. art. 431) contre plusieurs commissionnaires chargés conjointement de faire une opération.

CHAPITRE IV

Effets particuliers du contrat de commission.

581. Diverses questions se rattachant au contrat de commission ne sont point expressément tranchées par la loi. Nous devons nous appliquer à les résoudre en vertu des principes généraux.

Le commissionnaire agissant bien en son nom, mais pour le compte du commettant, la *propriété* des marchandises consignées reste à ce dernier jusqu'à la vente, soit jusqu'à la tradition (art. 199 et s.). Le commettant supporte aussi les *risques* de la chose jus-

[1] *Hafner* (248, note 5) admet que l'art. 442, al. 2, s'appliquerait aussi aux créances acquises contre des tiers et que le commissionnaire aurait portées en *compte-courant.*

qu'à ce qu'ils aient passé à l'acquéreur par l'effet de la vente (art. 204). En sa qualité de propriétaire, le commettant jouit d'un droit de revendication à l'égard des marchandises commissionnées, en cas de faillite du commissionnaire (cfr. art. 574 et 575 C. com. fr.), à condition que celui-ci n'ait pas encore vendu et livré ou ne se soit pas porté personnellement acheteur dans le sens de l'art. 444. C'est en considération du droit de propriété que le commettant conserve sur sa chose que le législateur n'a pas réservé l'art. 399, al. 2, tandis qu'il réservait le premier alinéa de cette disposition légale à l'art. 442.

582. Mais, dans la commission à l'achat, à quel moment le commettant devient-il propriétaire des marchandises achetées pour son compte par le commissionnaire ? Les effets des actes conclus par celui-ci avec des tiers se produisent dans sa personne ; c'est lui qui devient créancier ou débiteur ; c'est lui, en particulier, qui acquiert la propriété des marchandises achetées pour le commettant, comme s'il les achetait pour lui-même. Partant, la *propriété* n'est transférée au commettant qu'ensuite de tradition accomplie de l'une ou de l'autre des manières indiquées aux art. 199 et s. (mise en possession réelle, expédition de la marchandise, le transfert ayant lieu ici dès la remise au voiturier — arg. art. 203, 430, 431, — constitut possessoire, etc.). Aussi longtemps que la propriété n'est pas transférée au commettant d'une façon ou de l'autre, le commissionnaire en demeure le propriétaire et le commettant ne pourrait revendiquer les marchandises achetées pour son compte, mais non livrées, dans la faillite du commissionnaire. Qu'en est-il des *risques*, dans la commission à l'achat ? En principe, nous dit l'art. 204, ils passent à l'acquéreur dès « la conclusion du contrat d'aliénation », abstraction faite du moment de la tradition. Cet article nous laisse dans le plus complet embarras. Il est évident que le « contrat d'aliénation » intervenu entre le commissionnaire et le tiers n'est point déterminant, ni ne peut l'être, car il n'a d'effet qu'entre parties contractantes. Cependant, le commettant peut réclamer l'exécution des obligations du commissionnaire, spécialement la délivrance des marchandises achetées pour son compte, dès qu'il est avisé en conformité de l'art. 432. Dès qu'il est prévenu de l'exécution, il est, à l'égard du commissionnaire, dans la même situation qu'un acheteur envers son vendeur, une fois le contrat de vente passé. Il peut obtenir le transfert de la propriété comme l'acquéreur dans une vente ordinaire. Aussi bien nous admettrions que *les risques sont à la charge du commettant, dès qu'il a été averti de l'exécution du contrat, selon les art. 432 et 446*, l'art. 204 étant d'ailleurs applicable [1].

[1] *Haberstich*, II, 278 et s., étudie longuement cette question et arrive à peu près au même résultat.

583. Nous avons fait observer que, le commissionnaire agissant en son propre nom, les effets des actes se produisent dans sa personne, que partant c'est lui qui devient créancier et débiteur des tiers avec lesquels il contracte, tout comme s'il avait opéré pour son propre compte. Même lorsque le commettant a été nommé, il n'a pas d'action directe contre les tiers, ni ceux-ci d'action directe contre lui si c'est réellement en vertu d'une commission et non pas en vertu d'une autre espèce de mandat que les rapports de représentation se sont formés. Le commettant n'a d'action directe contre les tiers que : 1° si le commissionnaire lui a cédé ses droits ; 2° du chef de la subrogation légale de l'art. 399, al. 1 (art. 442, al. 2). D'autre part, les tiers n'acquièrent aucun droit contre le commettant en cas d'insolvabilité du commissionnaire.

CHAPITRE V

Comment le contrat de commission prend fin.

584. Il prend fin pour les mêmes causes que le mandat (cfr. art. 431) :

1° Par la *mort*, l'*incapacité*, la *faillite* soit du commettant, soit du commissionnaire (voir art. 403, 404 et 431) ;

2° Par *révocation* ou *répudiation* (art. 402). Nous pouvons rattacher à ces causes d'extinction de la commission l'art. 447 : *Le commissionnaire n'est plus admis à se porter personnellement acheteur ou vendeur* (cfr. art. 444), *si le commettant a révoqué le mandat et que la révocation soit parvenue chez le commissionnaire avant qu'il ait expédié l'avis de l'exécution du mandat*. La preuve du fait que l'avis de la révocation est arrivé avant la réception de l'ordre incomberait au commissionnaire.

CHAPITRE VI

Des commissionnaires-expéditeurs.

585. Dans son projet de Code fédéral des obligations et déjà dans son projet de Code de commerce, M. Munzinger voulait régler, par des dispositions particulières, la situation des commissionnaires-expéditeurs. Se rangeant à une idée émise par M. Fick, l'Assemblée fédérale adopta le système suivant : *Le commissionnaire-expéditeur ou agent de transport qui, moyennant salaire et en son propre nom, se charge d'expédier ou de réexpédier des marchandises pour le compte de son commettant est considéré comme voiturier et soumis, comme tel, aux dispositions du titre dix-septième* (art. 448)[1]. Le commissionnaire-expéditeur est donc assimilé à un voiturier, tandis que le droit commercial allemand le considère comme un commissionnaire.

[1] *A. T. F.* XX, 542 et s. (il répond du retard en vertu de l'art. 458, sauf à se justifier à teneur de l'art. 457, al. 1).

TITRE DIX-SEPTIÈME

DU CONTRAT DE TRANSPORT, OU DES VOITURIERS PAR TERRE ET PAR EAU [1]

586. Si nous consultons l'art. 466, nous voyons que toute la matière du contrat de transport n'est pas réglée par les dispositions du titre dix-septième. Cet article nous dit en effet : *Les transports par la poste et les chemins de fer sont soumis aux lois spéciales sur la matière*. Demeurent notamment réservés :

1° La loi fédérale sur la régale des *postes* du 4 avril 1894 ;

2° Le règlement revisé pour les postes suisses, du 3 décembre 1894 ;

3° La loi fédérale sur les taxes postales du 26 juin 1884 (cfr. lois compl. des 14 juin 1890 et 17 juin 1891) ;

4° La loi fédérale sur les transports par *chemins de fer* du 29 mars 1893 ;

5° Le règlement de transport des chemins de fer suisses, du 11 décembre 1893 (art. 8, 9, 38 modifiés par arrêté du 17 Avril 1903).

Il y a lieu de rappeler en outre divers règlements, exposés d'ailleurs à des modifications fréquentes, relatifs au trafic international, entre la Suisse d'une part et divers pays, ainsi que les conventions internationales relatives aux postes, du 4 juillet 1891, entre la plupart des Etats civilisés, et aux chemins de fer, du 14 octobre 1890 (entre la Suisse, la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, l'Italie, la Hollande et la Russie).

586 *bis*. Nous faisons observer, au surplus, que si les art. 449 et s. ne traitent que du transport des choses, la législation en matière de

[1] *Haberstich*, II, 166 et s.; *Jacottet*, 259 et s.; *Schneider et Fick*, 629 et s.; *Hafner*, 253 et s.; *Munzinger*, Motifs, 277 et s.; *Rap. Cons. d'Etat du canton de Vaud*, 25.; *Staub*, 1043 et s.; *Sem. jud.*, 1896, 97 et s. (article de M. L. Rehfous sur « la responsabilité du transporteur dans le transport des personnes »); *O. Custer :* Der Speditionsvertrag nach schw. O. R., etc., Brugg, in-8°, 1902.

postes et de chemins de fer règle le transport des choses et des personnes. Mais nous renonçons à étudier cette législation spéciale, comme nous l'avions fait dans notre première édition; il suffira sans doute de rappeler, en regard des art. 449 et s. C. O., les dispositions correspondantes des lois et règlements cités sous n° 586.

CHAPITRE PREMIER

Dispositions générales.

587. Le contrat de transport est celui qui intervient entre deux personnes, dont l'une veut faire transporter des marchandises ou se faire transporter elle-même d'un lieu dans un autre (voir art. 467 *in fine*), et dont l'autre se charge d'effectuer le transport.

Il a lieu entre l'*expéditeur* qui fait opérer et le *voiturier* qui s'oblige à opérer le transport. Très souvent, il suppose l'existence d'une troisième personne, le *destinataire*, mais les deux qualités d'expéditeur et de destinataire peuvent se trouver réunies dans la même personne. Dans le transport des marchandises, le destinataire n'est autre que celui auquel les marchandises sont adressées ou destinées. L'art. 449 donne la définition suivante du voiturier : *Le voiturier est celui qui se charge d'effectuer le transport des* CHOSES *moyennant salaire,* — à la personne désignée comme destinataire, bien entendu, ou à celle qui lui est indiquée par celui-ci[1]. Rappelons que la garde est un élément essentiel dans le contrat de transport des choses. Le transport des *personnes* est réglé par les dispositions des art. 338 et s., sauf ce que nous dirons sous le numéro suivant, à propos de la poste et des chemins de fer; les transporteurs de personnes autres que ces derniers, ainsi les voituriers, bateliers et même toutes les entreprises de transport par eau, sont à cet égard de simples locataires de services.

On a assimilé au voiturier le *commissionnaire-expéditeur* de l'art. 448. Il faut donc considérer comme voiturier, non seulement celui qui opère le transport des marchandises avec des moyens de transport lui appartenant (véhicules, bateaux, chevaux, etc.), ou à l'aide de moyens de transport qu'il loue, mais encore celui qui se charge en son propre nom d'expédier ou de réexpédier des mar-

[1] *H. E.* III, 259.

chandises pour le compte de son commettant. Les voituriers par terre sont d'ailleurs soumis aux mêmes règles que les voituriers par eau; à l'égard de ces derniers, on applique aussi les art. 449 et s.

588. Le transport par la *poste* ou les *chemins de fer* est régi par la législation spéciale réservée à l'art. 466 et dont il a déjà été question au début de ce titre. En principe, nul n'a l'obligation d'effectuer un transport de personnes ou de choses; il y a exception toutefois à l'égard de la poste et des chemins de fer :

1. *Poste*. Dans toute l'étendue de la Suisse, la régale des postes appartient à la Confédération. Cette régale consiste dans le droit exclusif (sauf les exceptions indiquées aux art. 4, 5 et 6 de la loi de 1894) du transport des personnes ainsi que des lettres, paquets. argent, etc., mais elle a, en principe, pour corollaire l'*obligation* imposée à la poste d'effectuer le transport des personnes et objets dont il s'agit. Pour la *responsabilité* de la poste, voir n° 93 *bis*.

2° *Chemins de fer*. Sous certaines réserves (encombrement, impossibité résultant d'événements extraordinaires, etc.), tout chemin de fer concédé ou exploité par la Confédération et ouvert au public pour le transport des voyageurs et des marchandises, est tenu de recevoir et d'exécuter les demandes de transport de voyageurs ou de marchandises, soit sur son propre parcours, soit au delà, sur les lignes suisses et sur celles des lignes étrangères avec lesquelles il est en relations, à moins toutefois que ce transport ne soit en opposition avec la loi sur la régale des postes (cfr. art. 5 de la loi de 1893). D'autre part, nul ne peut, sans des raisons tirées de l'ordre public, être favorisé aux dépens d'un autre, quant à l'époque de la réception ou de l'expédition des marchandises.

589. Pour des motifs d'utilité publique, on ajouta aux premiers projets la disposition suivante renfermée à l'art. 467 : *Le voiturier ou le commissionnaire de transport* (voir art. 448) *qui emploie un chemin de fer pour effectuer le transport dont il s'est chargé, ou qui coopère à l'exécution d'un transport entrepris par un chemin de fer, est soumis aux dispositions spéciales qui régissent les transports par chemin de fer; sans préjudice toutefois des conventions contraires qui peuvent intervenir entre le voiturier ou commissionnaire de transport et le commettant* (al. 1). Comme le remarquent MM. Schneider et Fick, « on a voulu que la lettre de voiture fût régie en entier par une même loi », toutes conventions contraires des parties étant d'ailleurs réservées. Mais l'al. 2 de l'art. 467 dit expressément : *Le présent article n'est pas applicable aux camionneurs*, — c'est-à-dire à cette catégorie de voituriers qui prennent, au domicile de l'expéditeur, les marchandises à transporter, pour les conduire à la station, ou qui chargent des marchandises à la gare de destination pour les transporter jusqu'au

domicile du destinataire. Les camionneurs ne sont responsables des marchandises qu'ils transportent que pendant le trajet entre le domicile de l'expéditeur et la station, ou entre la station et le domicile du destinataire, et cela dans les termes de l'art. 459. Si les camionneurs sont au service d'une compagnie de chemins de fer, la responsabilité incombe à celle-ci (cfr. Règl. transp. ch. de fer, §§ 54, 65).

Enfin l'art. 468 prescrit : *Le commissionnaire de transport qui emploie le chemin de fer pour effectuer un transport, ne peut décliner sa responsabilité pour défaut de recours contre le chemin de fer, si c'est par sa propre faute que le recours est perdu.* Nous renvoyons à ce sujet aux explications données ci-après, nos 604 et s.

590. Comme le contrat de commission, le contrat de transport offre certaines analogies avec le mandat ; mais il semble qu'il en présente davantage encore avec le louage de services. Quoi qu'il en soit, l'art. 450 détermine que : *Le contrat de transport est régi par les règles du mandat, sauf les dérogations résultant du présent titre.* Les seules dispositions relatives au mandat qui puissent être visées à l'art. 450 sont évidemment les art. 393, 395, 400, 401 à 404.

591. Les rapports juridiques existant entre le destinataire et l'expéditeur sont régis, au demeurant, par les art. 199 et s.

CHAPITRE II

Formation du contrat.

592. De sa nature, le contrat de transport se rapproche du louage de services et du dépôt. C'est un contrat synallagmatique, puisqu'il crée des obligations pour l'expéditeur et le voiturier. On pourrait croire qu'il est réel, en ce qu'il serait formé seulement à partir de la remise des marchandises au voiturier, et qu'avant la livraison il ne saurait y avoir qu'une promesse de transport dont l'exécution pourrait d'ailleurs être poursuivie. Ce caractère réel manque, en droit fédéral, au contrat de transport, qui est parfait dès que le voiturier s'est engagé à transporter telle ou telle chose. Il n'est pas nécessaire qu'une rémunération ait été stipulée ; s'il n'en a pas été

convenu, le voiturier est libre d'en déterminer le montant, sauf le droit de l'autre partie d'en demander la réduction.

593. Le contrat de transport n'est soumis à aucune condition de forme. Il peut en conséquence résulter d'un acte écrit comme d'une simple convention verbale. Pour la preuve, il n'est pas besoin, comme dans le transport par chemins de fer, d'une lettre de voiture ; le voiturier n'est pas obligé non plus de délivrer un récépissé constatant la réception des marchandises et les conditions du transport. Assurément, la lettre de voiture ou le récépissé sont des moyens très recommandables, dans tous les transports de quelque valeur, et cela tant pour le voiturier que pour l'expéditeur. Si notre Code ne renferme aucune prescription relativement à la nécessité d'un écrit, l'art. 451 n'en impose pas moins, indirectement, à l'expéditeur l'obligation d'indiquer exactement l'adresse du destinataire, le lieu de la livraison, etc.

594. En droit commercial français, la preuve du contrat peut aussi se faire par tous les moyens, conformément à l'art. 109 du C. com. En droit commercial allemand, au contraire, le voiturier est autorisé à exiger une lettre de voiture, et c'est elle qui sert de preuve du contrat entre le voiturier et l'expéditeur.

CHAPITRE III

Obligations et droits de l'expéditeur.

595. L'expéditeur doit donner au voiturier les ordres et directions nécessaires en vue de l'exécution du transport. En particulier, comme l'y oblige l'art. 451, *l'expéditeur doit indiquer exactement au voiturier l'adresse du destinataire et le lieu de la livraison, le nombre, le mode d'emballage, le poids et le contenu des colis, la valeur des objets de prix, le délai de la livraison et la voie à suivre pour le transport. — Le dommage qui résulte de l'absence ou de l'inexactitude de ces indications est à la charge de l'expéditeur.* Ces indications sont à peu près les mêmes que celles d'une lettre de voiture, seulement la forme de la lettre de voiture n'est pas prescrite. On sait que, sauf convention contraire, le voiturier n'est pas tenu de délivrer de récépissé. Il n'est plus nécessaire, comme le

portaient les premiers projets, que les marchandises soient désignées par des signes et numéros, qu'elles soient accompagnées des déclarations relatives aux formalités de la douane, etc. Cfr. L. transp. ch. d. fer, art. 6, 7, Règl. § 59, 60, et Règl. post., art. 4.

596. *L'expéditeur doit veiller* — art. 452[1] — *à ce que la marchandise soit convenablement emballée; il est responsable des avaries provenant des défauts d'emballage non apparents. Le voiturier, de son côté, est responsable des avaries provenant de défauts d'emballage* (et aussi de chargement[2]) *apparents, s'il a accepté la marchandise sans réserves*. Le voiturier, comme l'entrepreneur, doit posséder certaines connaissances d'expert; s'il constate des défauts d'emballage, il en préviendra l'expéditeur, en l'invitant à y porter remède ou en l'avertissant que, faute d'y remédier, il entend mettre sa responsabilité à couvert. Si le voiturier exécute le transport, malgré l'existence de défauts apparents d'emballage, et sans faire de réserves, il s'engage par cela même à réparer le préjudice advenu par suite de ces défauts. Quant aux défectuosités non apparentes, les avaries qu'elles entraînent sont naturellement à la charge de l'expéditeur; celui-ci doit en outre supporter le dommage que ces vices d'emballage occasionnent au voiturier ou à des tiers. Cfr. L. transp. ch. d. fer, art. 9, 31, Règl., § 63, 86, et Règl. post., art. 6.

597. Pour les *frais de transport*, voir n° 610.

598. La remise de la marchandise entre les mains du voiturier ne dessaisit pas l'expéditeur d'une manière absolue; ce dernier peut disposer de sa marchandise sous certaines conditions énumérées comme suit à l'art. 453[3] : *L'expéditeur a le droit de retirer la marchandise* (cfr. loi féd. de 1893, art. 15 et 16) *tant qu'elle est entre les mains du voiturier, en l'indemnisant de ses débours et du préjudice que lui cause ce retrait* (al. 1). Ce droit subsiste aussi longtemps que la propriété de la marchandise n'est pas transférée ou réputée transférée au destinataire ou à un tiers.

599. L'art. 453 ajoute : *Par exception, ce droit ne peut être exercé :*

1° *lorsqu'une lettre de voiture a été créée par l'expéditeur et remise au destinataire par le voiturier*. Le destinataire est pré-

[1] *H. E.* VI, 32 (cet article ne concerne pas les rapports juridiques entre acheteur et vendeur). *A. T. F.* XVII, 295 (responsabilité pour l'emballage).

[2] *R. j. f.* VI, 128.

[3] Voir loi féd. sur pours. pour dettes, art. 203, et § 70, 71 (Règl. post., art. 28) du Règlement précité de 1893.

sumé pouvoir seul disposer désormais de la marchandise (voir art. 199 et s.);

2° *lorsque l'expéditeur s'est fait délivrer un récépissé par le voiturier et qu'il ne peut pas le restituer* (cfr. art. 209, 844, 790 et s.). Le détenteur de ce récépissé est, s'il est de bonne foi tout au moins, censé propriétaire de la marchandise, et c'est à lui que celle-ci doit être délivrée, non à l'expéditeur que, dans ce cas, l'on suppose avoir disposé du récépissé et par conséquent des biens représentés par ce titre;

3° *lorsque le voiturier a expédié au destinataire un avis écrit de l'arrivée de la marchandise, afin qu'il ait à la retirer* (voir art. 460);

4° *lorsque le destinataire, après l'arrivée de la marchandise dans le lieu de destination, en a demandé la livraison.*

Dans ces cas, le voiturier doit se conformer aux instructions du destinataire. Mais, dans le cas prévu sous le numéro 2, il ne doit le faire, avant l'arrivée de la marchandise dans le lieu de destination, que si le récépissé a été remis au destinataire, — les marchandises étant dorénavant représentées par le récépissé, contre la seule remise duquel le voiturier est tenu de se dessaisir. Il en est de même s'il a été délivré un bulletin de chargement; le destinataire ne peut disposer de la marchandise que s'il est en possession du bulletin qui la représente. Cfr. L. transp. ch. d. fer, art. 15, 16, Règl., § 70, 71, L. post., art. 14, Règl., art. 28.

CHAPITRE IV

Obligations et droits du voiturier.

SECTION PREMIÈRE

Ses obligations.

600. Le voiturier est tenu de garder, soigner, transporter et livrer la marchandise dans le lieu convenu, à la personne désignée ou légitimée pour la recevoir, — et ce, dans les délais fixés par les parties ou déterminés d'après les circonstances. Il est responsable de tout manquement à l'une ou à l'autre de ces obligations.

601. DURANT LE TRANSPORT.

Dès l'instant de la remise de la chose à transporter et pendant

toute la durée du transport, le voiturier répond de l'exécution de toutes les obligations par lui contractées expressément ou tacitement; il doit, en particulier, faire ensorte que l'objet du transport soit livré à temps voulu et en bon état au destinataire et sans avaries provenant de sa faute. A d'autres égards, le voiturier répond non seulement des gens qui se trouvent à son service mais de toutes les personnes ou intermédiaires dont il se sert en vue d'effectuer le transport. Cette responsabilité existe à l'égard de l'*expéditeur* seulement, et non envers le destinataire, à moins que celui-ci et celui-là ne soient un seul et même individu; mais il importe peu que l'expéditeur agisse pour son propre compte ou pour le compte d'autrui. D'un autre côté, l'expéditeur n'a d'action, sauf cession du droit de recours du voiturier, qu'à l'encontre du voiturier lui-même et non à l'encontre des intermédiaires que ce dernier peut avoir employés. L'art. 459 dispose : *Le voiturier répond de tous les accidents survenus et de toutes les fautes commises pendant le transport, soit qu'il ait effectué lui-même ce transport jusqu'à destination, soit qu'il ait chargé un autre voiturier de l'effectuer, sous réserve, dans ce dernier cas, de son recours contre celui auquel il a livré la marchandise* (voir art. 467 et 468, si le voiturier ou le commissionnaire de transport a employé un chemin de fer). Comme nous le montre l'art. 459, le voiturier répond de ses fautes et des accidents qui se produisent durant le transport (cfr. toutefois art. 457). Consulter L. transp. ch. d. fer, art. 27, 47 et s., Règl., § 82, 102, L. post., art. 30, Règl., art. 110.

602. 1. *Avaries.* Selon l'art. 458 : *Le voiturier est responsable, sous les mêmes conditions et réserves* (celles de l'art. 457 exposé sous chiffre 2 ci-dessous), *de tout le dommage résultant de la livraison tardive* (voir nº 606, ci-après), *de l'avarie ou de la destruction partielle de la marchandise. — A moins de convention spéciale, l'indemnité ne peut être supérieure à celle qui serait accordée en cas de perte totale,* — soit à la « valeur intégrale » de la chose détériorée. L'expéditeur n'est donc pas autorisé à laisser dans tous les cas la marchandise pour compte au voiturier; il ne le peut que s'il établit que le préjudice est égal à la valeur intégrale de l'objet transporté. C'est à l'expéditeur qu'incombe la preuve de l'avarie, c'est-à-dire de la détérioration occasionnée pendant le transport. Le voiturier peut s'exonérer de toute responsabilité dans les limites tracées à l'art. 457. On applique d'ailleurs les règles générales de l'art. 116 en matière de dommages et intérêts. Cfr. L. transp. ch. de fer, art. 30 et s., Règl. § 85 et s., L. post., art. 25 et s., Règl., art. 108, 110.

603. 2. *Perte totale.* On a longtemps été en désaccord sur le point de savoir quelles étaient les limites raisonnables de la res-

ponsabilité du voiturier. Est-il simplement tenu de sa *faute ?* L'est-il aussi du *cas fortuit*, et, si oui, dans quelle mesure ? On admet communément aujourd'hui que la responsabilité du voiturier doit être très étendue. En effet, il a un pouvoir si absolu sur la marchandise qui lui a été confiée, il est tellement difficile de lui prouver sa faute ou de contredire la preuve du cas fortuit, que toutes les législations modernes ont proclamé la responsabilité du voiturier. même pour le cas fortuit, à moins que le cas fortuit ne soit un événement de force majeure. Voici du reste le texte de l'art. 457[1] : *Si la marchandise périt ou se perd, le voiturier en doit la valeur intégrale, à moins qu'il ne prouve que la perte ou la destruction résulte soit de la nature même de l'objet transporté* (ce qu'on appelle en France le « vice propre de la chose »), *soit d'un événement de force majeure, soit d'une faute imputable à l'expéditeur ou au destinataire, soit de directions données par l'un ou par l'autre* (al. 1). En cas de perte totale, et nous avons dit qu'il en était de même en cas de perte partielle, le voiturier ne peut s'affranchir de son obligation à garantie que dans les circonstances suivantes, s'il prouve (car le fardeau de la preuve est toujours à sa charge) :

a) *Le vice propre de la chose* consistant, soit dans un défaut des marchandises, soit dans une cause tenant à leur nature même et entraînant la perte ou le dépérissement (mauvaise qualité des marchandises qui fait qu'elles se corrompent en route, que des liquides coulent, etc., fermentation) ;

b) Un *événement de force majeure*, qu'il ne faut pas assimiler. comme le fait l'art. 1784 du C. civ. fr., au simple cas fortuit. On décidera, d'après les éléments de fait, la question de la force majeure. Pour qu'il y ait *vis major* dans le sens de notre loi, il est nécessaire que l'événement invoqué par le voiturier à sa décharge soit de telle nature qu'il n'ait pu être détourné par une force humaine et malgré l'emploi de toutes les mesures de précaution possibles (voir p. 135[2]). Le voiturier ne pourra, cela va de soi, jamais se libérer de sa responsabilité si c'est par sa faute que la marchandise s'est trouvée exposée à l'événement de force majeure. Si donc le dommage n'est que le résultat d'un cas fortuit, et même en l'absence de toute faute, le voiturier n'en est pas moins responsable. Parmi les événements de force majeure de l'art. 457, nous pouvons ranger : la foudre, une inondation, une tempête, un incendie, des avalanches, et même des actes de brigandage, des faits de guerre et autres violences exercées par l'homme. Par contre, on ne doit pas envisager comme tels les accidents causés par la nature dangereuse des objets à transporter, par le mauvais état des chemins ou des véhi-

[1] *A. T. F.* XXIV², 738 et s. ; cfr. *ibid.* XX, 542 et s.
[2] Voir encore *H. E.* II, 389, V, 265, etc.

cules du voiturier, par suite d'un vol, d'une chute, d'un abordage, etc., — en d'autres termes, tous les accidents auxquels il est au pouvoir de l'homme de résister, tous les accidents qui ne sont pas inévitables. Le voiturier pourra se prémunir contre les cas fortuits dont il est responsable en recourant à l'assurance;

c) Une *faute imputable à l'expéditeur ou au destinataire*, si, par exemple, l'emballage est défectueux et si les défauts ne sont pas apparents, ou si le destinataire tarde à prendre livraison, ou si des bouteilles ont été mal bouchées, etc. La jurisprudence considère, entre autres, comme une faute de l'expéditeur la circonstance que celui-ci aurait négligé de rendre le voiturier attentif à la valeur exceptionnelle de la chose transportée;

d) Que le dommage est l'effet *des instructions données par l'expéditeur ou le destinataire*. Il ne peut être question d'ordres du destinataire que le voiturier aurait dû suivre, que depuis le moment où le destinataire est en droit d'en donner (art. 453). Cfr. L. transp. ch. d. fer, art. 30 et s., Règl. § 85 et s., L. post., art. 25 et s., Règl., art. 108, 110.

604. Nous ne possédons pas, dans notre loi, une prescription analogue à celle de l'art. 395, al. 2, du C. de com. allemand : « Le voiturier ne répond d'objets précieux, de numéraire ou de valeurs dont le transport lui aurait été confié, que si la nature et le prix de ces choses lui ont été indiqués » (voir cependant le § 53 Règl. et l'art. 451, al. 2). L'indemnité sera au maximum, sous réserve de l'art. 114, de la valeur déclarée.

605. Nous avons vu que le voiturier est garant de la *valeur intégrale* de la marchandise perdue, — *le tout*, ajoute le 2me al. de l'art. 457, *sauf les conventions fixant des dommages et intérêts supérieurs ou inférieurs à la valeur intégrale de la marchandise*. En cas de faute grave de la part du voiturier, on appliquerait la disposition finale de l'art. 116. Le voiturier ne peut se libérer de sa responsabilité en cas de faute, que dans la mesure des art. 114 et 115.

606. APRÈS LE TRANSPORT.

1° *Lors de l'arrivée à destination*. Le voiturier n'a pas encore exécuté le contrat, lorsqu'il a effectué le transport jusqu'au lieu de destination. L'art. 460 nous dit : *Aussitôt après l'arrivée de la marchandise, le voiturier doit aviser le destinataire*. Cet avis produit, le cas échéant, l'effet prévu à l'art. 453, chif. 3, ce qui revient à dire que le destinataire est désormais saisi à l'égard du voiturier et que celui-ci n'est plus autorisé à satisfaire aux ordres de retrait de la marchandise qui pourraient être donnés par l'expéditeur. Cfr. L. transp. ch. d. fer, art. 19, Règl., § 71, Règl. post., art. 17 et s.

Lorsque — art. 454 — *la marchandise est refusée ou que les frais et autres réclamations dont elle est grevée ne sont pas payés, ou enfin lorsque le destinataire ne peut être découvert, le voiturier doit aviser l'expéditeur et garder provisoirement la marchandise en dépôt ou la déposer chez un tiers aux frais et risques de l'expéditeur. — Si l'expéditeur ou le destinataire ne dispose pas de la marchandise dans un délai convenable, le voiturier peut la faire vendre pour le compte de qui de droit, avec l'assistance de l'autorité compétente du lieu où elle se trouve, conformément à l'article 443;* cfr. L. transp. ch. d. fer. art. 24, Règl., § 79, L. post., art. 17, Règl., art. 25, 56. Nous expliquerons, dans la section suivante, que le voiturier n'est pas tenu de livrer l'objet du transport aussi longtemps que ses frais ne lui sont pas payés, car il a de ce chef un droit de rétention. Quand le destinataire refuse de prendre livraison ou de payer les frais, ou quand son domicile est inconnu, le voiturier a l'obligation de prévenir l'expéditeur; en attendant les ordres de ce dernier, il veille à la conservation des marchandises qui sont dorénavant aux risques de son co-contractant puisque lui-même en est déchargé pour avoir exécuté le contrat. Le voiturier est responsable, en cas de faute grave ou légère commise par lui[1]. Si l'expéditeur ou le destinataire, suivant que l'un ou l'autre en aura le droit à ce moment, ne dispose pas de la marchandise dans un délai convenable, dont la durée dépend des circonstances, mais dont il sera prudent de demander la fixation à l'autorité compétente, le voiturier peut faire vendre aux enchères l'objet du transport en conformité de l'art. 443. *Si,* porte l'art. 455, *la marchandise est exposée à une prompte détérioration ou si sa valeur présumée ne couvre pas les frais dont elle est grevée, le voiturier doit sans délai faire constater officiellement ces circonstances, et il peut ensuite faire vendre la marchandise, ainsi qu'il est dit en l'article précédent. — Les intéressés doivent, autant que possible, être informés préalablement de l'ordre de vente,* — afin qu'ils puissent prendre leurs mesures et peut-être éviter une vente qui serait probablement désavantageuse. Les « intéressés » seront l'expéditeur ou le destinataire, ou l'un et l'autre. La vente aura lieu selon les formes tracées à l'art. 443; M. Haberstich et MM. Schneider et Fick enseignent, il est vrai, qu'il doit être procédé non point par voie d'enchères, mais conformément à l'art. 248. Cette opinion est contraire au texte de la loi, qui renvoie expressément à l'art. 454 et, partant, à l'art. 443. Quant à la « constatation officielle », elle s'opérera soit par le maire ou le président du tribunal, soit, si des connaissances techniques sont nécessaires, par des experts nommés par le juge. Cfr. L. transp. ch. d. fer, art. 24, Règl. § 78, L. post., art. 17, Règl., art. 25, 26.

[1] *H. E.* VII, 243.

607. L'art. 456 ajoute : *Le voiturier, en exerçant les droits que lui confèrent les articles 454 et 455, doit veiller de son mieux aux intérêts présumés du propriétaire ; en cas de négligence constatée, il est passible de dommages et intérêts.* Les prescriptions applicables par analogie se trouvent aux art. 110, 113 et 395. Cfr. L. transp. ch. de fer, art. 24, Règl., § 78.

607 *bis*. Le voiturier peut, en principe, pour sauvegarder son droit de rétention, refuser de livrer la marchandise tant que ses frais ne lui sont pas payés. Mais, comme l'établit l'art. 461 : *Lorsque le destinataire conteste les réclamations dont la marchandise est grevée, la livraison ne peut lui être refusée s'il consigne en justice la somme contestée* (et cela auprès de l'autorité compétente, selon la législation cantonale du lieu de destination). *La somme consignée prend la place de la marchandise au point de vue du droit de rétention appartenant au voiturier* (exception à l'art. 225). Si les réclamations ne sont contestées qu'en partie, il suffira de consigner le montant litigieux. Cfr. L. transp. ch. de fer, art. 21, Règl., § 76.

608. Enfin l'art. 463 nous dit : *Toutes les fois qu'il y a litige, l'autorité compétente du lieu où se trouve la marchandise peut, à la demande de l'une des parties, en ordonner le dépôt en main tierce ou, au besoin, la vente, après avoir, dans ce dernier cas, fait constater l'état de la marchandise. La vente peut être prévenue par le paiement ou la consignation du montant des prétentions garanties par la marchandise.* Cet article vise tous les cas dans lesquels il y a contestation, en particulier ceux des art. 454 et 457 et s. Le juge peut librement choisir entre le séquestre et la vente, sauf que celle-ci pourra être empêchée par le paiement des frais ou la consignation de la part des intéressés. Ceux-ci doivent-ils être « autant que possible informés préalablement de l'ordre de vente », par analogie de l'art. 455, al. 2 ? Cet avis n'est pas obligatoire ; il l'est d'autant moins que la vente ne pourra guère être ordonnée que contradictoirement, ou après que l'autre partie aura été prévenue de la demande formée en vertu de l'art. 463.

609. 2° *En cas de livraison tardive*. Nous rappelons ici ce que nous avons dit ad art. 458 ; ce texte rend le voiturier, sous les réserves de l'art. 457, responsable de tout le préjudice résultant de la livraison tardive, — le montant de l'indemnité ne pouvant toutefois, à moins de conventions spéciales, être supérieur aux dommages et intérêts alloués en cas de perte totale. La question de la tardiveté doit, si un délai pour la livraison n'a pas été fixé expressément ou tacitement, être tranchée en tenant compte des circonstances.

SECTION DEUXIÈME

Ses droits.

610. Outre les droits qui lui sont conférés par les art. 454 et 455, le voiturier a sur la marchandise, le prix de vente ou la somme consignée dans le cas de l'art. 461, un *droit de rétention* pour toutes ses réclamations nées du contrat de transport, aussi bien pour ses frais, que pour ses avances et débours, et même pour les indemnités qu'il est autorisé à formuler pour avaries causées à d'autres marchandises ou à ses moyens de transport par un emballage défectueux, etc. Ce droit de rétention lui permet de ne pas délivrer les marchandises (voir cependant art. 461), tant qu'il n'est pas désintéressé ; mais ce droit s'évanouit (sauf toujours l'espèce de l'art. 461) dès que le voiturier s'est dessaisi des choses à transporter; il peut, le cas échéant, procéder en conformité de l'art. 228. Il semble que le droit de rétention du voiturier soit en contradiction avec l'art. 225, d'après lequel « ce droit ne peut s'exercer au mépris des instructions données par le débiteur, ni contrairement à l'engagement pris par le créancier de faire de la chose un usage déterminé ». Effectivement, le voiturier s'oblige à délivrer la chose après en avoir effectué le transport ; mais il ne s'oblige que sous la condition expressément ou tacitement convenue que ses frais et débours lui seront payés. Nous avons déjà montré quel était le sens exact de l'art. 225, et l'art. 461 lève d'ailleurs toutes les difficultés.

CHAPITRE V

Extinction de l'action en responsabilité.

611. Cette matière est tout à la fois si importante et si délicate que nous jugeons à propos de lui consacrer un chapitre spécial, bien que nous eussions pu la faire rentrer dans le précédent chapitre.

612. La responsabilité du voiturier pèse lourdement sur lui. D'un autre côté, il est difficile, après des semaines et des mois, de

déterminer d'une manière certaine la cause des pertes, des avaries, ou des retards. Aussi notre loi admet-elle une fin de non-recevoir comme celle de l'art. 105 du C. de com. fr. et une prescription très courte de l'action en responsabilité.

613. *Fin de non-recevoir*. En acceptant les marchandises et en payant le prix du transport, le destinataire reconnaît implicitement n'avoir plus de réclamations à élever contre le voiturier. Cette présomption est consacrée comme suit à l'art. 462 : *L'acceptation sans réserve de la marchandise et le paiement* (sans réserve aussi) *du prix de transport éteignent toute action contre le voiturier, sauf les cas de dol ou de faute grave* (al. 1), — où nous avons une prescription de dix ans (cfr. art. 464, al. 3). Les actions sont d'ailleurs éteintes aussi bien pour l'expéditeur que pour le destinataire, celui-ci représentant celui-là dans ses rapports avec le voiturier. L'acceptation, pour engendrer les effets de l'art. 462, doit émaner de la personne même autorisée à prendre livraison, ou bien de son représentant ; s'il y a prise de livraison, même avec paiement des frais, par l'entremise d'un domestique ou d'un employé, son droit de recours n'est point périmé s'il réclame aussitôt après la réception.

614. Au reste, la présomption légale de l'art. 462 est basée sur les deux faits de l'acceptation et du paiement sans réserves, ces deux faits provenant de la même personne, le destinataire, et se produisant après l'arrivée à destination. Cette présomption tombe, la fin de non-recevoir est, partant, inadmissible, lorsque le prix du transport n'a pas été acquitté, lorsque le destinataire a accepté une marchandise expédiée en port payé, lorsque le destinataire s'est trouvé dans l'impossibilité de vérifier la marchandise, etc. Ajoutons encore que l'acceptation sans le paiement ou le paiement sans l'acceptation ne suffisent pas pour justifier la présomption de l'art. 462 ; le concours des deux faits est nécessaire. La disposition du 1er alinéa de l'art. 462 s'applique seulement en cas d'avaries, de perte partielle, ou de retard ; non pas, naturellement, en cas de perte totale. Elle ne vise, au surplus, que les réclamations dérivant du contrat de transport et non celles tendant, par exemple, au remboursement d'un prix de transport exagéré acquitté par erreur. *En outre*, dit l'art. 462, al. 2, *le voiturier reste tenu des avaries* NON APPARENTES, *si le destinataire les constate dans le délai où, d'après les circonstances, la vérification pourait ou devait se faire, et s'il informe le voiturier aussitôt après les avoir constatées. Cet avis doit néanmoins être donné au plus tard dans les* HUIT JOURS *qui suivent la livraison*, — ce délai étant un délai maximal et péremptoire qui se calcule d'après l'art. 88, chif. 1, et le destinataire ayant l'obligation de prouver que l'avarie a été occasionnée

avant la délivrance. Cfr. L. transp. ch. d. fer, art. 44, Règl. § 99, L. post., art. 32, Règl., art. 110.

615. *Prescription de l'action.* Lorsque la fin de non-recevoir de l'art. 462 n'est pas opposable, en particulier, lorsque le destinataire a fait des réserves, lorsqu'il y a perte totale, lorsque les marchandises ont été reçues sans que le prix du transport eût été acquitté, lorsque l'expédition a été faite en port payé, l'action en responsabilité ne se prescrit que selon l'art. 464 : *Les actions en dommages et intérêts contre les voituriers se prescrivent par* UNE ANNÉE *à compter, en cas de destruction, de perte ou de retard, du jour où la livraison aurait dû avoir lieu*[1], *et en cas d'avarie, du jour où la marchandise a été livrée au destinataire* (al. 1). N'oublions pas que si le recours du destinataire est fondé sur des avaries non apparentes, la marchandise ayant d'ailleurs été acceptée et le transport payé sans réserves, le délai d'un an n'est accordé que si l'avis du dommage a été donné aussitôt, et au plus tard dans les huit jours, au voiturier. Mais, en dehors des circonstances mentionnées à l'art. 462 et dont on peut inférer que le destinataire a implicitement renoncé à toute réclamation contre le voiturier, le délai de prescription est uniformément fixé à une année, tandis que le Code de commerce français (art. 108) et le Code civil zurichois (art. 1667) adoptaient deux délais, l'un de six et l'autre de douze mois, suivant que les expéditions étaient faites à plus ou moins grande distance. Comme l'art. 462, l'art. 464 ne se rapporte qu'aux actions en responsabilité et non, par exemple, aux actions en détaxe contre les administrations de chemins de fer, en enrichissement illégitime contre le voiturier, etc. Cfr. L. transp. ch. d. fer, art. 45, 46, Règl., § 100, 100, L. post., art. 35, Règl., art. 111.

616. Conformément au principe de l'art. 258, le deuxième alinéa de l'art. 464 nous apprend que : *Le destinataire et l'expéditeur peuvent toujours faire valoir, par voie d'exception, leurs droits contre le voiturier, pourvu que la réclamation ait été formulée* (verbalement, ou par écrit, car aucune forme n'est prévue à ce sujet) *dans le délai d'un an* (soit huit jours, dans le cas de

[1] Cfr. art. 458, 451 et 460. L'époque à laquelle « la livraison aurait dû avoir lieu » sera déterminée par le contrat de transport ou résultera des circonstances. On voit que notre Code règle différemment la question du *dies a quo ;* c'est ce que font, avec des variantes dans le détail, les Codes de commerce allemand et français. M. *Munzinger* voulait faire courir la prescription contre la demande en cas de perte totale de la marchandise « dès le jour où le voiturier s'en est chargé » ; il prétendait que ce point de départ était meilleur, parce que plus précis. Effectivement, le point de départ admis par le Code fédéral sera déjà, par lui-même, la cause de bien des contestations ; mais si l'on s'était rangé à celui de M. Munzinger, on aurait dû étendre le délai de prescription.

l'art. 462, al. 2) *et que l'action ne soit déjà pas éteinte en vertu de l'article 462.* Comme l'action dérivant des frais du transport ne se prescrit que par dix ans (art. 146), le destinataire ou l'expéditeur pourront, s'ils sont recherchés, exciper, durant le même délai, du chef de la responsabilité incombant au voiturier, pourvu qu'ils aient réclamé à temps utile, soit dans l'année, soit dans les huit jours en cas d'avaries non apparentes constatées sur une marchandise acceptée et dégrevée sans réserves.

617. Enfin, le troisième alinéa de l'art. 464 porte : *Les présentes dispositions ne s'appliquent pas aux cas de dol ou de faute grave du voiturier,* — cas dans lesquels sa responsabilité dure pendant dix ans ; elle se prolonge, dans la même mesure, en l'espèce réglée à l'art. 462, al. 1, *in fine.*

618. Quant à l'*interruption* de la prescription, elle est régie par l'art. 154.

CHAPITRE VI

Disposition particulière.

619. Nous avons expliqué déjà que l'espèce de monopole conféré aux compagnies de chemins de fer, établit en leur faveur un privilège tel qu'il est nécessaire de le restreindre à certains égards. Une restriction nouvelle consacrée, en principe, par l'art. 423 du Code de commerce allemand, mais avec de nombreuses exceptions, a été adoptée sans réserves par le législateur fédéral, en conformité du projet de M. Munzinger. L'art. 465 dispose : *Les entreprises de transport, dont l'exploitation est subordonnée à l'autorisation de l'Etat* (Confédération ou cantons), *ne peuvent, par des règlements ou par des conventions particulières, s'affranchir d'avance, en tout ou en partie, de l'application des dispositions légales sur la responsabilité des voituriers* (cfr. art. 115 et 466 et L. transp. ch. d. fer, art. 4). — *Toutefois des conventions particulières sont admissibles à cet égard, dans la mesure où le présent titre permet de déroger aux dites dispositions* (voir art. 457, al. 2, et 458). Cet art. 465 vise, par exemple, aussi les compagnies de bateaux à vapeur et autres entreprises de transport concessionnées. Lors même que les lettres de voiture mentionneraient que l'administration n'est pas responsable des objets fragiles, que des *maxima* seraient

fixés par des règlements, ceux-ci fussent-ils dûment publiés et approuvés, pour le montant de l'indemnité, etc., ces diverses clauses seraient radicalement nulles, quand l'expéditeur s'y soumettrait expressément ou tacitement. Ces stipulations ou ces conventions particulières sont non avenues, pour autant qu'elles détermineraient d'avance une responsabilité moins étendue que celle prévue par le Code ; mais il va de soi que, depuis la survenance d'un accident, toutes conventions extensives ou restrictives de la responsabilité légale peuvent valablement se former. Notre loi est beaucoup plus rigoureuse que le Code de commerce allemand, qui tolère une série de dérogations conventionnelles, en son art. 424.

620. L'art. 465 s'applique également, par analogie, aux *chemins de fer fédéraux* (cfr. art. 25 et s. loi féd. de 1893).

TITRE DIX-HUITIÈME

DE LA GESTION D'AFFAIRES[1]

---

621. Les quasi-contrats, dit l'art. 1371 du C. civ. fr., « sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». Si nous ajoutons que les faits en question doivent être licites et qu'ils ne doivent pas être des conventions, nous aurons exactement défini les quasi-contrats qui sont, entre autres, le paiement de l'indû (art. 70 et s. du Code fédéral), l'acceptation d'une tutelle que le tuteur aurait pu refuser, et la *gestion d'affaires*.

La gestion d'affaires peut reposer sur un contrat (mandat) ou dériver d'une obligation légale (tutelle imposée, fonctions publiques); nous avons traité de celle qui est fondée sur une convention ; celle qui a son origine dans la loi rentre, soit dans le droit des personnes, soit dans le droit public. Nous ne nous occuperons ici que du quasi-contrat de gestion d'affaires.

CHAPITRE PREMIER

Définition et caractères de ce quasi-contrat.

622. La *negotiorum gestio* consiste dans le fait qu'une personne (le gérant) gère volontairement l'affaire d'une autre personne (le maître) sans mandat de la part de cette dernière. Ainsi, je sais

[1] *Haberstich*, II, 284 et s.; *Jacottet*, 266 et s.; *Schneider et Fick*, 646 et s.; *Hafner*, 270 et s.; *R. j.* 1889, p. 117, 193, 209, 225; *Rap. com. Cons. nat.*, 26; *G. Bermann :* Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schw. O. R., in-8° Zurich, 1896.

que l'un de mes parents ou de mes amis s'est absenté pour un temps plus ou moins long, sans veiller à ses intérêts ; je soigne les réparations d'entretien que nécessitent ses bâtiments, je cultive les champs qu'il n'a pas ensemencés, je paie les dettes pressantes qu'il a oublié d'acquitter, etc., tout cela sans avoir reçu aucun ordre de sa part : je suis son gérant d'affaires. Ce quasi-contrat donne naissance, entre parties, à des obligations semblables à celles qui résultent du mandat proprement dit. *Quasi contraxisse videntur.*

Pour qu'il y ait réellement gestion d'affaires, dans le sens des art. 469 et s., il faut :

1° que l'affaire gérée soit celle d'*autrui ;*

2° que le gérant agisse volontairement ;

3° qu'il agisse *sans mandat,* — sans en être chargé ou sans y être autorisé, dit l'art. 677 C. civ. al. Souvent le maître ignorera la gestion ; s'il en a connaissance et qu'il l'approuve, nous retombons dans le cas du mandat tacite, — à condition encore que le gérant ait connaissance de cette approbation (art. 1, 392 et s.) ; si le maître. même en ayant connaissance de la gestion, ne l'approuve pas, ou si, l'approuvant, cette approbation est ignorée du gérant, il n'y a qu'une *negotiorum gestio.*

Quant à la capacité de gérer l'affaire d'autrui, voir l'art. 471 ; en principe, une personne incapable de s'obliger par contrat le peut encore moins par quasi-contrat ; l'incapable pourra seulement être poursuivi, le cas échéant, au moyen de l'*actio de in rem verso*, et son fait ne pourra pas constituer le quasi-contrat de gestion d'affaires. Par contre, il n'est pas nécessaire que le maître soit capable. car si l'incapable ne peut s'obliger par son fait, il peut être obligé par le fait d'autrui.

623. Nous avons dit que la gestion d'affaires se rapprochait beaucoup du mandat ; nous marquerons à la fin de ce titre les différences qui existent entre eux.

CHAPITRE II

Des droits et obligations des parties.

SECTION PREMIÈRE

Du gérant.

624. Comme il n'y a pas de convention à la base des rapports de droit créés par une gestion d'affaires, ce sont les vœux présumables du maître qui doivent entrer en ligne de compte pour déterminer les devoirs du gérant. *Celui qui,* dit l'art. 469, *sans mandat, gère l'affaire d'autrui, est tenu de la gérer conformément aux intérêts et aux intentions probables du maître.* Il faut donc qu'il n'y ait pas de mandat, ni exprès ni tacite, outre ce que nous avons expliqué plus haut, pour qu'un quasi-contrat de gestion d'affaires se forme, mais les motifs mêmes qui ont engagé le gérant à intervenir sont sans importance quant à la qualification de ses actes. Il peut agir pour détourner ou prévenir un dommage, pour accomplir quelque acte nécessaire et négligé, qu'il se trompe d'ailleurs en cela ou non, soit dans son intérêt autant que dans celui du maître, soit dans une intention purement libérale, soit pour son propre avantage exclusivement, soit même contre une défense formelle du maître, etc. Mais quelle que soit la cause de son immixtion sans mandat dans les affaires d'autrui, le gérant a l'obligation de veiller aux intérêts et de se conformer aux intentions probables de l'autre partie, — l'étendue de cette obligation se réglant, au reste, d'après les circonstances de chaque cas particulier. Il contracte même l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée et de l'achever jusqu'à ce que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même, ou si ce dernier était décédé, jusqu'à ce que ses héritiers puissent se charger de l'affaire non consommée (cfr. C. civ. fr. art. 1373, et C. féd. des obl. art. 470, ainsi que C. civ. al. 667 et s.).

625. Le gérant est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. En conséquence, l'art. 470 prescrit : *Le gérant répond de toute négligence. Toutefois sa respon-*

sabilité doit être appréciée avec moins de rigueur quand il a agi pour prévenir un dommage dont le maître était menacé (al. 1). Cette même cause d'atténuation de la responsabilité nous est donnée par l'art. 1374 du C. civ. fr., qui l'avait empruntée au droit romain. Si, dans un incendie, je cherche à sauver une personne ou des biens mobiliers, si je porte secours à des naufragés, si, dans un péril quelconque, je ne songe qu'à protéger la vie ou la fortune d'autrui, mes imprudences ou mes négligences, même dommageables, ne pourront m'imposer une responsabilité très grave. On prendra ma bonne volonté ou mon courage, en considération. En revanche, *s'il* (le gérant) *a entrepris la gestion de l'affaire contre la volonté du maître, manifestée en termes exprès ou autrement, il est tenu même des cas fortuits, à moins qu'il ne prouve qu'ils fussent survenus même sans son immixtion* (al. 2). Ainsi le maître ou, si le maître est incapable, son représentant légal a confié le soin de l'affaire à quelqu'un d'autre, ou a déclaré vouloir s'en charger lui-même, et, malgré cela, le gérant prétend agir, commet des fautes qui entraînent un préjudice ; il doit être responsable dans une large mesure. Notre loi le rend même garant des cas fortuits, comme le débiteur en demeure (art. 118), à moins qu'il n'établisse que le cas fortuit se serait produit également sans son intervention. Mais si le gérant agissant de bonne foi, avec les meilleures intentions du monde, se heurte à la volonté contraire du maître, sa bonne foi ne lui sera-t-elle pas comptée ? Vraisemblablement, malgré le texte de l'art. 470, al. 2, qui ne fait point de distinction, et cela surtout quand il aura eu en vue de prévenir ou de détourner un dommage.

Le gérant seul qui agit volontairement, qui est capable de s'obliger, encourt une responsabilité. L'art. 471 (voir aussi art. 29 et s.) dispose : *Si le gérant était incapable de s'obliger par contrat, il n'est responsable de sa gestion que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit ou du bénéfice dont il s'est dessaisi de mauvaise foi. Sa responsabilité peut être plus étendue dans le cas où il se serait rendu coupable d'actes illicites.* Les mineurs, les interdits, les femmes mariées, les personnes qui n'ont pas conscience de leurs actes ne peuvent s'engager par contrat que dans les limites de l'art. 33 (cfr. art. 31), et par le quasi-contrat de gestion d'affaires que dans celles de l'art. 471. Ces personnes ne peuvent être actionnées que pour cause d'enrichissement illégitime (art. 70 et s., 33, al. 2) ou d'actes illicites (art. 50 et s.) ; cfr. art. 682 C. civ. al.

626. Nous ajoutons que le gérant doit *rendre compte* de sa gestion au maître (arg. art. 398).

SECTION DEUXIÈME

Du maître.

627. Le maître n'est pas indifféremment tenu de tous les actes du gérant; il n'est obligé par ces actes que lorsqu'ils ont été accomplis dans son intérêt, et à condition encore qu'ils aient été « commandés » par cet intérêt. Dans le projet du Conseil fédéral, l'obligation du maître naissait dès que la gestion « avait été entreprise *en vue* de son intérêt ». Comme le fit observer avec raison la Commission du Conseil national, une semblable disposition eût favorisé et sollicité à l'excès les immixtions dans les affaires d'autrui; aussi conseilla-t-elle de ne lier le maître que lorsque son intérêt *exigerait* que la gestion fût entreprise. C'est la solution que consacre l'art. 472[1]. *Lorsque l'intérêt du maître commandait que la gestion fût entreprise, le maître doit rembourser au gérant, en principal et intérêts* (voir art. 83), *toutes ses dépenses utiles et nécessaires justifiées par les circonstances, et le décharger dans la même mesure* (cfr. art. 400, al. 1) *de tous les engagements qu'il a pris* (al. 1). Nous avons indiqué dans quels cas les obligations du maître prennent naissance; il ne suffit pas que la gestion ait eu lieu dans l'intérêt du maître, ou, comme en droit français, que « l'affaire ait été bien administrée »; il faut que la gestion ait été commandée *(geboten[2])* par l'intérêt du maître. Celui-ci doit alors: 1° rembourser au gérant « toutes ses impenses utiles et nécessaires » (le mot « nécessaires » est de trop, les impenses nécessaires étant toujours utiles); 2° le décharger dans la même mesure (c'est-à-dire, en tant « qu'utiles et nécessaires ») des engagements qu'il a contractés. Si l'un de mes amis étant absent et sa maison menaçant ruine, je charge un tiers des travaux de réparation, en lui disant que je n'entends pas m'engager personnellement mais que je traite au nom de mon ami absent, c'est contre celui-ci que le tiers aura recours. Si le gérant s'est obligé personnellement, le maître devra le décharger, en se constituant débiteur en son lieu et place ou en acquittant l'obligation; 3° quoique la loi soit muette sur ce point, tenir le gérant indemne de tout autre préjudice qu'il au-

[1] *A. T. F.* XII, 651 (il y a gestion d'affaires utile envers celui qui a émis un chèque, dès que le tiré accepte l'effet et le paie, sans en avoir été aucunement tenu). Cfr. *ibid.* XVI, 809 (*neg. gestio* entreprise dans une intention libérale, pas de droit à indemnité du chef des art. 472 et 474), XVI, 183, XIX, 840 (ad art. 472 et 473), XXIV², 353. *Zeitsch. des bern. J. V.*, XXX, 177, 491 (paiement d'une créance légitimement due).

[2] *A. T. F.* XIX, 845 et s. (l'art. 472 se rattache à l'ancienne théorie, d'après laquelle l'*actio negotiorum gestorum contraria* suppose un *negotium necessarium*).

rait subi par suite d'une gestion d'affaires entreprise de bonne foi dans l'intérêt du maître. *Cette disposition* (de l'art. 472, al. 1) *peut être invoquée par le gérant qui a donné à sa gestion les soins voulus, encore que l'avantage espéré ne se soit pas réalisé* (al. 2). Par exemple, un incendie détruit les réparations faites sur mes ordres à la maison de mon ami absent ; la grêle détruit la récolte des champs ensemencés par le gérant, etc. Enfin l'art. 472, al. 3, nous dit qu'*à l'égard des dépenses qu'il n'est pas admis à répéter, le gérant a le droit d'enlèvement mentionné en l'article 74, alinéa 2*. Il y aura lieu d'appliquer ce texte, lorsque les impenses ne seront que voluptuaires.

Si l'affaire n'ayant pas été entreprise dans l'intérêt du maître personnellement, le gérant avait satisfait d'une manière convenable à une gestion commandée par l'intérêt public ou la morale, les projets admettaient qu'il devait être indemnisé par le maître, alors même que celui-ci lui aurait défendu d'agir (cfr. C. zur., 1213, C. saxon, 1355, Projet de Dresde, 755, etc.). Cette prescription, qui faisait l'objet d'un article spécial, a été supprimée, car, disait la Commission du Conseil national, « une immixtion aussi profonde dans les affaires d'autrui serait dangereuse et, dans les cas que cette disposition a en vue (entretien d'une famille, en lieu et place d'un père oublieux de ses devoirs, et autres cas semblables), on pourra toujours trouver, par la voie administrative ou la voie judiciaire, le moyen de forcer directement la personne responsable à remplir ses obligations, et, dans l'intervalle, faire prendre les mesures provisoires nécessaires ».

628. En conformité avec les principes qui viennent d'être exposés, l'art. 473 statue : *Si l'affaire n'a pas été entreprise dans l'intérêt du maître* (soit, en dehors des cas de l'art. 472, et notamment lorsque le gérant l'a entreprise à son propre avantage ou à celui d'un tiers), *celui-ci n'en a pas moins le droit de s'approprier les avantages qui en découlent. — Mais il n'est tenu de garantir ou d'indemniser le gérant que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son propre profit*, — au détriment du gérant. Le maître peut aussi exiger le rétablissement de toutes choses dans l'état antérieur et même, le cas échéant, réclamer des dommages et intérêts ; ceci tout spécialement lorsque les actes du gérant rentreront dans ceux prévus par les art. 50 et s. Si le maître fait siens les actes du gérant, ses obligations envers ce dernier sont réglées par analogie des art. 49 et 70 et s.

629. *Ratihabitio mandato æquiparatur.* Une ratification des actes du gérant convertit la gestion en mandat proprement dit, quant à ses effets. Il importe peu que la ratification soit expresse

ou tacite[1]. *Si*, dit l'art. 474[2], *les actes du gérant ont été ratifiés par le maître, on applique les règles du mandat* (cfr., entre autres, art. 46 et 400). La ratification peut intervenir au cours des actes accomplis, ou après leur accomplissement. Elle n'est soumise à aucune forme particulière, même si l'acte passé par le gérant avec un tiers n'était valable que moyennant l'observation d'une certaine forme.

CHAPITRE III

Différences entre la gestion d'affaires et le mandat.

630. Sauf dans l'hypothèse de l'art. 474, la gestion d'affaires se distingue essentiellement du mandat par les caractères suivants :

1° Le mandant est obligé par les actes que le mandataire accomplit dans les limites de ses pouvoirs (art. 399 et s.), qu'ils aient été utiles ou non au mandant ; le maître n'est obligé par le fait du gérant que si son intérêt commandait que l'affaire fût entreprise (art. 472, 473).

2° La mort du mandant comme du mandataire entraîne l'extinction du mandat ; la mort du maître n'en laisse pas moins le gérant tenu de continuer la gestion commencée jusqu'à ce que les héritiers aient pu la continuer.

3° En cas de mandat accepté ou conféré conjointement, on applique l'art. 401, qui prévoit la solidarité ; il n'existe aucune solidarité (excepté le cas de l'art. 474) dans la gestion d'affaires, entre plusieurs gérants agissant conjointement ou plusieurs maîtres dont l'affaire commune est gérée (opinion contraire, *Hafner*, 277).

Comme nous l'avons indiqué déjà, et en dehors des prescriptions spéciales de la loi sur la gestion d'affaires, on appliquera par analogie à ce quasi-contrat les dispositions des art. 392 et s. Notons encore que, dans l'éventualité de l'art. 472, les intérêts sont dus de plein droit au gérant comme au mandataire (cfr. art. 400). En France, bien que ce point soit contesté, on admet assez généralement qu'ils ne sont dus que dès la demande en justice (art. 1153, al. 3, C. civ.),

[1] *R. O. H. S.* XII, 12, XX, 187.
[2] *A. T. F.* XIV, 731.

l'art. 2001 étant de droit exceptionnel et ne visant que le mandataire.

630 *bis*. L'art. 687 C. civ. al. dispose : « Les art. 677 à 686 (soit le titre de la gestion d'affaires tout entier) ne s'appliquent pas lorsqu'une personne gère l'affaire d'autrui en croyant que c'est la sienne. Si quelqu'un gère l'affaire d'autrui comme la sienne, quoiqu'il sache ne pas y être autorisé, le maître peut exercer contre lui les droits consacrés aux art. 677, 678, 681, 682 (cfr. art. 473 C. O.). Si ce dernier les exerce, il est obligé envers le gérant aux termes de l'art. 684, alin. 1 », — soit dans la mesure de son enrichissement illégitime. Quoique ces principes ne soient pas inscrits dans notre législation, les solutions du texte précité seraient certainement applicables sous le régime du Code fédéral des obligations.

TITRE DIX-NEUVIÈME

DU DÉPOT[1]

CHAPITRE PREMIER

Nature et caractères du contrat.

631. Tandis qu'en droit français (cfr. art. 688, 689 C. civ. al.) le dépôt appartient à la famille des contrats réels, en ce qu'il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose, il est, en droit fédéral, un contrat consensuel, puisqu'il est formé dès qu'il y a promesse de recevoir l'objet du dépôt. D'autre part, c'est un contrat synallagmatique imparfait, car au moment où il se forme, des obligations n'apparaissent que d'un seul côté, les obligations du déposant ne pouvant naître que de faits postérieurs. Nous verrons aussi que, de sa nature, le dépôt est un contrat de bienfaisance, mais la gratuité n'est pas de l'essence même de la convention, ensorte que la stipulation d'un salaire ne transforme pas nécessairement le dépôt en un louage de services. Ajoutons que l'intention seule des parties permet de distinguer le dépôt de certains contrats avec lesquels il offre des analogies, comme le prêt à usage et le prêt de consommation.

632. *Le dépôt,* dit l'art. 475, *est un contrat par lequel le dépositaire s'oblige envers le déposant à recevoir une chose* MOBILIÈRE *que celui-ci lui confie et à la garder en lieu sûr* (al. 1), — pour la restituer (aurait dû ajouter notre article) à la demande du déposant. Il n'y a pas de différence faite, dans notre loi, entre le *depo-*

[1] *Haberstich,* II, 104 et s.; *Jacottet,* 270 et s.; *Schneider et Fick,* 653 et s.; *Hafner,* 277 et s.

situm voluntarium et le *depositum necessarium* ou *miserabile ;* ces particularités du droit romain et du droit français n'ont point passé dans notre Code. Le dépôt nécessaire, qui est en quelque sorte imposé par les circonstances, en cas de ruine, d'incendie, de pillage, etc., ne se distinguait du dépôt volontaire qu'en ce que la preuve en était rendue plus facile. Cependant, nous avons une forme du dépôt qui est soumise à des prescriptions spéciales et à laquelle nous consacrons un chapitre à part : c'est le *dépôt d'hôtellerie* des art. 486 à 488. Pour le *séquestre conventionnel* (le séquestre judiciaire rentre dans la procédure), nous renvoyons à l'art. 483.

Le dépositaire s'oblige donc envers le déposant — la *diligentia quam suis* ne suffit pas, au reste, — à *recevoir* une chose, qui doit nécessairement être *mobilière,* à la *garder* en lieu sûr, des mesures de précautions plus ou moins importantes devant être prises selon la valeur de la chose, et à la *restituer* soit en nature, soit par équivalent dans l'hypothèse des art. 484 et 485. Notre Code fédéral n'exige pas de capacité spéciale chez les parties contractantes pour la validité du dépôt ; les principes généraux des art. 29 et s. sont par conséquent applicables. Il n'est pas indispensable que le déposant soit propriétaire de la chose déposée ; mais le dépositaire n'est qu'un détenteur précaire, et, lorsque la propriété du dépôt est contestée, il doit observer l'art. 482.

633. Le contrat qui nous occupe est *gratuit* de sa nature. *Le dépositaire ne peut exiger une rémunération que s'il l'a expressément stipulée, ou si les circonstances sont telles qu'une rémunération ait dû nécessairement être prévue* (al. 2). Cette rémunération sera payée en argent ou d'une autre manière, ainsi, par l'usage de la chose remise en dépôt ; cfr. art. 478, alin. 2. Les « circonstances » feront « nécessairement » prévoir une rémunération, lorsque le dépositaire fera métier d'accepter la garde de marchandises ou d'autres biens, et lorsque le dépôt sera particulièrement onéreux pour celui qui le reçoit.

CHAPITRE II

Des obligations du dépositaire en général.

634. Les obligations du dépositaire découlent de la définition même que nous avons donnée du contrat. Reprenons-les en détail :

1° *Réception*. Le dépositaire « s'oblige à recevoir », au lieu convenu, ou, sauf arrangement contraire, à son domicile la chose mobilière qui fait l'objet du contrat. S'il ne s'exécute pas, on appliquera les art. 110 et s. C. O., notamment l'art. 111.

635. 2° *Garde*. La fidélité est le premier devoir du dépositaire. Peut-on se contenter de dire, comme à l'art. 1927 du C. civ. fr., que « le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent » (voir l'art. 113)? Non[1] sans doute, car la loi l'astreint (art. 475 *in fine*) à « garder en lieu sûr » la chose déposée, même s'il avait l'habitude de ne point procéder ainsi à l'égard de ses propres biens. Cependant il ne répond, en principe, ni des *cas fortuits*, ni des cas de *force majeure* (art. 118, alin. 1, et 476, dernière phrase), sa responsabilité étant appréciée toutefois avec plus de rigueur lorsque le dépôt est salarié (art. 113). D'un autre côté, il est autorisé et, même, le cas échéant, obligé à faire les dépenses nécessaires en vue de la conservation de la chose. Mais, comme le porte l'art. 476 : *Le dépositaire ne peut, sans la permission du déposant, se servir de la chose déposée* (cfr. cependant art. 484 et 485). — *S'il enfreint cette règle, il doit au déposant une juste indemnité. Il répond, en outre, du cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que la chose eût été atteinte de même s'il ne s'en était pas servi*. La permission dont parle l'art. 476 peut être donnée expressément ou tacitement. Si, sans en avoir le droit, il emploie la chose déposée à un usage quelconque, soit pour son avantage personnel, soit au pro-

[1] *A. T. F.* XXIII, 800 (« D. n'a pas satisfait à son obligation de garder la chose « en lieu sûr », en se bornant à observer à l'égard des juments poulinières confiées à ses soins par des tiers, la même surveillance qu'il exerçait sur ses propres chevaux », — et qui était défectueuse); cfr. *ibid.* XXVI², 139 et s.

fit d'autrui, il est frappé de deux manières : 1° il pourra être condamné à payer des dommages et intérêts (*entsprechende Vergütung*, dit le texte allemand), qui comprendront, outre le préjudice causé par suite du *furtum usus*, la valeur de ce que le dépositaire aura retiré de l'usage de la chose ; 2° il répondra même du cas fortuit (cfr. art. 118, al. 2), à moins qu'il ne fasse la preuve, souvent difficile, que la chose eût également été détériorée ou perdue si le dépositaire n'en avait pas abusé. — et le tout sous réserve des lois pénales. s'il s'était rendu coupable d'un délit. Il se peut que parfois l'usage de la chose déposée soit indispensable à la conservation de celle-ci (par ex., monter un cheval, qu'un séjour prolongé à l'écurie rendrait fourbu ou rétif) ; en pareil cas, l'art. 476 serait naturellement sans application.

Bien que notre Code soit muet sur ce point, on doit admettre que la fidélité due par le dépositaire à la garde du dépôt l'oblige à ne pas chercher à connaître les choses déposées, lorsque le déposant a voulu les tenir cachées.

Diverses questions se rattachant à cette matière ne sont pas traitées par notre loi. Ainsi :

Le dépositaire est-il tenu d'*assurer* la chose déposée contre les risques d'incendie, de vol, etc. ? En thèse générale, non, dans le dépôt ordinaire, faute de s'y être expressément ou tacitement obligé. On peut considérer qu'il doit assurer les titres ou valeurs qu'il reçoit en dépôt, lorsqu'il les garde contre rémunération et qu'il est, à cet égard, un dépositaire professionnel (voir *Hafner*, p. 280).

Peut-il se *substituer* une tierce personne ? On s'en tiendra vraisemblablement aux principes adoptés pour la substitution du mandat (art. 396, 397). En revanche, le dépositaire aura la faculté d'en appeler, le cas échéant, à des tiers pour l'assister dans l'accomplissement de ses obligations ; cfr. art. 691 C. civ. al., qui exclut, dans le doute, le droit à la substitution.

Dans un *danger* qui menace l'un de ses biens en même temps que l'objet du dépôt, le dépositaire s'affranchit-il de toute responsabilité lorsque, pour sauver son bien à lui, il abandonne la chose déposée ? Nous pensons qu'il convient de remettre l'appréciation de cas semblables à la prudence du juge ; c'est ce que faisait le projet de Code civil allemand[1]. Aurait-il droit, d'autre part, à une indemnité, s'il sacrifiait son bien pour sauver l'objet du dépôt ? Aucun texte ne consacre ce droit, qui ne résulte pas non plus de la nature des choses.

Le dépositaire peut-il changer de son chef le *mode de conservation* convenu de la chose déposée ? Non, sans encourir la responsa-

[1] *Motice*, II, 574 (les art. 688 et s. C. civ. all. ne règlent plus ce point expressément).

bilité de l'art. 476 ; mais le déposant ne peut non plus, après que le contrat s'est formé, obliger l'autre partie à garder le dépôt sous d'autres conditions que celles déterminées.

636. 3° *Restitution.* Comme nous aurons l'occasion de le montrer plus tard, notre loi n'exige pas absolument que la restitution du dépôt s'opère *in specie*, dans son identique individualité (au contraire, C. civ. fr. art. 1932).

Relativement au *temps* de la restitution, il faut distinguer entre le déposant et le dépositaire. Le dépôt doit être remis au *déposant* aussitôt qu'il le réclame, qu'un terme ait été fixé ou non pour la restitution, sauf les cas de l'art. 482. A l'égard du *dépositaire*, nous avons l'art. 479 : *Le dépositaire ne peut rendre le dépôt avant le terme fixé, à moins que des circonstances imprévues ne le mettent hors d'état de le garder plus longtemps sans danger pour la chose ou sans préjudice pour lui-même. A défaut de terme fixé, il peut restituer en tout temps.* Si le déposant se refusait à reprendre le dépôt, le dépositaire procéderait en conformité de l'art. 107.

Quant au *lieu* de la restitution, la convention fera règle en première ligne ; à défaut de convention, l'art. 480 prescrit : *La restitution s'opère aux frais et risques du déposant, dans le lieu même où la chose a dû être gardée.* Si la chose a été, arbitrairement et sans droit, gardée dans un autre lieu, les frais de transport plus considérables résultant du déplacement et les risques (dans le sens de l'art. 476) sont à la charge du dépositaire ; voir aussi l'art. 484.

En ce qui concerne la *personne à qui* la restitution du dépôt doit se faire, nous savons qu'il n'est pas nécessaire que le déposant soit propriétaire de la chose déposée. Aussi bien, le dépositaire n'est tenu de la restituer qu'au déposant ou à celui qui a été indiqué pour la recevoir ; si cependant l'auteur du dépôt a changé d'état, si, par exemple, le déposant majeur a été interdit, ou si la femme, libre au moment du dépôt, se trouve sous puissance maritale, le dépôt ne peut être restitué qu'à l'administrateur des biens du déposant. En cas de mort de celui-ci, la restitution ne peut avoir lieu qu'entre mains de l'héritier ; s'il y a plusieurs héritiers, la chose doit être rendue à celui des héritiers désigné pour la recevoir (cfr. aussi art. 107) ; s'il y a plusieurs déposants, solidaires entre eux, la restitution pourra se faire à l'un d'entre eux (voir nos 209 et suiv.). *Si un tiers se prétend propriétaire de la chose déposée* — art. 482[1], — *le dépositaire n'en est pas moins tenu* (et, sans doute, en droit) *de la restituer au déposant, tant qu'elle n'a pas été judiciairement saisie* (loi féd. sur la pours. pour dettes et la faillite, art. 83 et s.)

[1] *A. T. F.* XIX, 363 (restitution au *déposant* lui-même en cas de droits prétendus par des tiers sur la chose déposée).

ou que le tiers n'a pas introduit contre lui sa demande en revendication. En cas de saisie ou de revendication, il doit immédiatement avertir le déposant. En principe, le dépositaire doit rendre la chose au déposant, même s'il constatait que ce dernier l'eût volée et la lui eût même volée à lui, dépositaire ; le tout sous réserve d'une plainte à porter, d'un séquestre à requérir, etc. Mais il n'est plus en droit de restituer : 1° lorsque le dépôt a été saisi et que signification en due forme lui a été faite de la saisie ; 2° lorsqu'une instance en revendication a été ouverte contre lui, — circonstance dans laquelle il dénoncera le litige au déposant, d'autant plus qu'il doit le prévenir sans délai, dans les deux éventualités ci-dessus. Si l'action en revendication est intentée directement au déposant et que le dépositaire ait été averti de la contestation, il est fondé à restituer à son co-contractant, sauf au revendiquant à obtenir au préalable le séquestre du dépôt ; ceci ressort des termes mêmes de l'art. 482 qui énumère limitativement les cas dans lesquels le dépositaire ne doit plus restituer au déposant. Voir le cas de l'art. 483.

Enfin le *mode* de la restitution est diversement réglé. En général, le dépositaire devra rendre la chose déposée elle-même. En droit français, la restitution *in specie* est érigée en principe absolu, tandis que notre loi tolère les exceptions suivantes : *S'il a été convenu expressément ou tacitement que le dépositaire d'une somme d'argent serait tenu de restituer, non les mêmes espèces, mais seulement la même somme, il en a les profits et les risques. — Une convention tacite se présume, dans le sens du présent article, lorsque la somme a été remise non scellée et non close* (art. 484). C'est là le *depositum irregulare* du droit commun, qui n'est pas inconnu en droit français mais n'y est admis qu'en vertu d'une autorisation expresse de la part du déposant. Le dépôt irrégulier offre beaucoup d'analogie avec le prêt de consommation ; il en diffère toutefois, en ce que le dépositaire demeure tenu de rendre à première réquisition, tandis que l'emprunteur n'est obligé de restituer qu'au temps convenu, en ce que (cfr. art. 380) le dépôt irrégulier ne produit intérêts que moyennant qu'il en ait été stipulé, en ce que la chose doit être rendue, à défaut de convention contraire, en conformité de l'art. 480 et non de l'art. 84, etc. Le dépositaire devient, dans l'hypothèse de l'art. 489, débiteur de la somme déposée, dont il a tous les profits et les risques. Le dépôt irrégulier ne peut être le résultat d'une convention tacite, que si la chose qui en est l'objet est « une somme d'argent ». *Si*, dit l'art. 485, *le dépôt consiste en d'autres choses fongibles ou en titres (Werthpapiere;* voir note ad art. 333[1]), *une semblable convention ne peut se dé-*

[1] On ne doit considérer comme tels que les titres au porteur, les effets de change et autres titres à ordre, — non point, par exemple, un *carnet de caisse*

duire des circonstances. Le dépositaire n'a le droit de disposer de la chose déposée qu'autant qu'il y a été EXPRESSÉMENT *autorisé par le déposant.* On avait pensé d'abord traiter les choses fongibles et les papiers-valeurs sur le pied de l'argent, mais on a dû se convaincre que cette assimilation eût présenté nombre d'inconvénients : les banquiers, par exemple, chez lesquels des titres sont déposés eussent pu s'en servir dans des buts de spéculation, et cela contre le gré du déposant, etc.

On sait que, les cas de dépôt irrégulier et d'abus de la chose déposée exceptés (art. 484 et 476), les *risques* du dépôt sont à la charge du déposant, en sa qualité de propriétaire. Partant, le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve à l'époque de la restitution ; il ne répond nullement des détériorations, à moins qu'elles ne proviennent de son fait. Si la chose lui est enlevée en entier par force majeure, il n'a rien à rendre, sauf dans l'éventualité prévue à l'art. 1934 du C. civ. fr. Si elle périt en partie, il n'est obligé de restituer que ce qui en reste. Pour les *profits,* nous pouvons sans doute nous approprier la disposition de l'art. 1936 du même C. civ. fr. : si la chose déposée a produit des fruits (art. 478), que le dépositaire a perçus, il doit les rendre (sauf les espèces des art. 484 et 485) ; il ne devra payer l'intérêt de l'argent déposé (même dans les cas des art. 484 et 485, sauf convention du contraire, bien entendu) que dès le jour où il aura été mis en demeure de faire la restitution. S'il se sert de la somme déposée, en violation de ce qui a été convenu, doit-il des intérêts de plein droit dès ce moment ? Oui, aux termes de l'art. 476.

637. *Dépôt d'une chose litigieuse.* C'est ce qu'on appelle le *séquestre conventionnel,* régi en somme par les mêmes prescriptions que le dépôt lui-même. Au contraire de ce qui existe en droit français, le séquestre conventionnel ne peut, d'après notre Code, avoir pour objet que des meubles. Voici le texte de l'art. 483 : *Lorsque deux ou plusieurs personnes, en vue de garantir leurs droits, déposent entre les mains d'un tiers une chose litigieuse ou contentieuse, le dépositaire ou séquestre ne peut la restituer que du consentement de toutes les parties ou sur un ordre du juge.* Le séquestre judiciaire est réglé par le droit cantonal, de même que le séquestre conventionnel d'immeubles.

638. Aux termes de l'art. 481 : *Lorsque plusieurs personnes*

d'épargne, même spécifiant que la caisse ne paie que sur production du carnet, que le porteur est réputé avoir le droit de faire des prélèvements ainsi que de percevoir les intérêts et que la caisse n'est pas tenue de vérifier les droits de propriété du porteur, mais qu'elle est autorisée à le faire (arrêt du T. F., du 22 Mai 1897, *J. d. T.* XLV, 751 et *A. T. F.* XXIII, 787).

ont reçu le dépôt conjointement, elles sont solidaires. Elles sont donc solidairement responsables de l'accomplissement de leurs obligations envers le déposant ; l'obligation de restituer le dépôt tombe cependant sous le coup de l'art. 79, plutôt que sous l'application des art. 162 et s.

CHAPITRE III

Des obligations du déposant en général.

639. Le dépôt est fait dans l'intérêt du déposant, mais celui-ci n'en a pas moins, le cas échéant, certaines obligations qui naissent au reste de circonstances postérieures à la formation du contrat. Il se peut qu'aucune obligation n'existe à sa charge, ou que les obligations du déposant n'existent qu'en partie. Toute la matière de notre chapitre est renfermée dans les art. 477 et 478.

640. Art. 477 : *Le déposant est tenu d'indemniser le dépositaire du dommage occasionné* (à ce dernier) *par le dépôt, s'il ne prouve que ce dommage ne lui est nullement imputable. Il lui doit également le remboursement des dépenses que l'exécution du contrat a rendues nécessaires* (cfr. art. 400, al. 1). Le déposant répond de toute faute. Il doit donc : 1° réparer le dommage causé au dépositaire par suite du dépôt, à moins qu'il n'établisse que ni l'état défectueux ou la nature dangereuse à lui connus de la chose déposée, ni son fait personnel n'ont occasionné le préjudice en question (cfr. art. 110, 113 et 400, al. 2) ; 2° rembourser les dépenses nécessaires. Quant aux impenses utiles, le dépositaire aura contre le déposant l'action des art. 70 et s., et, quant aux voluptuaires, le droit d'enlèvement (arg. art. 74). Mais les intérêts des sommes déboursées pour impenses nécessaires portent intérêt de plein droit, comme en faveur du mandataire.

Art. 478[1] : *Le déposant peut réclamer en tout temps la chose déposée, avec ses accroissements* (fruits, produits, etc.), *encore qu'un terme ait été fixé pour la durée du dépôt, mais à la charge de rembourser au déposant les frais faits par lui en considération du délai convenu.* Ainsi le dépositaire loue un local pour une année, afin d'y placer les objets qui ont été déposés entre ses mains

[1] *A. T. F.* XIX, 363.

pour le même laps de temps ; le déposant retire le dépôt au bout d'un mois, il ne doit pas moins tenir compte à l'autre partie du prix du bail. S'il y a *plusieurs déposants,* voir art. 79 et 80 ; cfr. art. 483.

641. Afin de garantir l'exécution des obligations que le dépôt entraîne pour le déposant, notre loi, bien qu'elle ne le dise pas expressément, confère au dépositaire un *droit de rétention* sur la chose déposée, dans le sens des art. 224 et s. (sauf ce que nous disons sous n° 644). Voir aussi l'art. 132, chif. 1.

CHAPITRE IV

Du dépôt d'hôtellerie en particulier[1].

642. Le dépôt d'hôtellerie, ainsi nommé par Pothier, est une espèce de dépôt nécessaire, dans lequel la responsabilité du dépositaire est soumise à des règles spéciales, semblables à celles du droit romain, du droit français et d'autres législations. En effet, l'hôtelier est un dépositaire salarié, la sécurité des voyageurs est une nécessité sociale, les voyageurs ne peuvent s'enquérir des garanties morales de l'aubergiste chez lequel ils doivent descendre. D'ailleurs, la sécurité de la personne et des bagages du voyageur multiplie les voyages et favorise les hôteliers. Il est vrai, d'autre part, que le développement de ce que l'on a désigné sous le nom d' « industrie des étrangers » impose aux hôteliers des obligations si lourdes — affluence énorme en certaines saisons tout au moins, mouvement incessant des arrivées et des départs, extrême facilité de dissimuler dans les bagages des objets de valeur dont rien ne révèle la présence, etc., — que l'on devra bien songer à restreindre leur responsabilité et à fixer un maximum au delà duquel ils ne seront point tenus en principe. Quoi qu'il en soit, notre art. 486 dispose : *Les aubergistes ou hôteliers sont responsables de toute détérioration, destruction ou soustraction des effets apportés par les voyageurs qui logent chez eux, à moins qu'ils ne prouvent que le dommage est imputable, soit au voyageur lui-même, soit à l'une des personnes qui l'accompagnent ou qui sont à son service, ou qu'il résulte d'un événement de force majeure ou de la nature*

[1] *G. Ernst :* Der Gastaufnahmevertrag, in-8°, Zurich, 1903.

même de la chose déposée (al. 1). Notre loi parle des « aubergistes ou hôteliers » *(Gastwirthe)*; comme il s'agit ici d'une disposition exceptionnelle à interpréter restrictivement, il faut entendre par là tous ceux qui font profession de *loger* des voyageurs, qu'ils leur fournissent ou non la nourriture (ainsi même les tenanciers d'hôtels garnis), mais non les restaurateurs, cafetiers et maîtres de pension, ni même ceux qui exploitent des bains publics. Le Code parle également des « voyageurs », ensorte que l'art. 486 ne s'appliquerait point, par exemple, à des amis logés gratuitement, ni à une personne qui louerait une chambre dans un hôtel de la localité où elle est établie, ni aux personnes ayant assisté à un repas de noce dans un hôtel et qui n'y logeraient point[1], etc. Mais le mot « effets » dont se sert notre texte comprend, d'une manière générale, tout ce que le voyageur emporte avec lui pour les besoins de son voyage (et de son commerce, s'il s'agit d'un commis-voyageur), même l'argent, les bijoux[2], etc. ; il faut même entendre par « effets apportés » ceux que le voyageur peut avoir reçus après son arrivée à l'hôtel, lorsque l'hôtelier les a acceptés et alors même qu'il prouverait qu'il eût été en droit de les refuser[3]. L'aubergiste est responsable non seulement des détériorations et destructions, mais aussi des soustractions (vols), à moins qu'il ne prouve :

1° *que le dommage est imputable au voyageur*[4], *à ses compagnons, ou à ses gens;* ainsi le voyageur, qui a mille francs en billets de banque dans sa valise, dépose celle-ci dans sa chambre et sort sans retirer la clef, on décidera que le dommage lui est imputable, si sa valise lui est volée, — sauf le cas de l'art. 486 *in fine*. Effectivement, l'art. 486, al. 2, porte : *On doit admettre, notamment, que le voyageur est en faute, lorsqu'il néglige de confier à la garde de l'hôtelier des sommes d'argent considérables (grössere) ou d'autres objets de grande (beteudend) valeur. Mais, dans ce cas même* (c'est-à-dire si le voyageur avait négligé cette mesure de précaution), *l'hôtelier est tenu tant de sa propre faute que de celle des gens qui sont à son service,* — non pas cependant, comme en droit français, des « étrangers allant et venant dans l'hôtellerie ». En dehors des objets spécifiés à l'art. 486, al. 2, l'aubergiste est responsable, alors même que le dépôt n'a pas été fait entre ses mains; mais il est bien entendu que le voyageur doit

[1] *R. j. f.* VII, 156 ; cfr. *R. O. H. S.* XVII, 40.

[2] D'après l'art. 702 C. civ. al., la responsabilité de l'aubergiste pour l'argent, les papiers-valeurs et les bijoux, n'existe que jusqu'à concurrence de 1000 marks, « à moins qu'il n'en ait accepté la garde et connu la consistance, ou qu'il n'en ait refusé le dépôt, ou que la perte n'ait été occasionnée par lui ou ses gens » ; cfr. notre art. 486, alin. 2.

[3] *R. j. f.* II, 48.

[4] *J. d. T.* XLIII, 230.

prouver qu'il avait apporté les objets qui ont été détériorés, détruits ou soustraits. Exemples : Un voyageur, qu'il ait ou n'ait pas confié ses espèces à l'hôtelier, est volé par son propre domestique ; il ne peut réclamer de dommages et intérêts. S'il est volé par l'hôtelier ou un employé de celui-ci, il a droit à une indemnité, soit qu'il ait ou n'ait pas déposé ses fonds entre les mains de l'hôtelier. S'il néglige d'enfermer ses effets dans les meubles à ce destinés, ou s'il laisse la clef à la porte de sa chambre, la question de savoir s'il y a faute de sa part dépendra des circonstances, et sa faute sera plus ou moins caractérisée selon que, par suite d'une extraordinaire affluence de voyageurs ou d'autres causes, la surveillance sera rendue très difficile sinon impossible ; si l'hôtelier refuse d'accepter la garde des choses que le voyageur voudrait lui confier, il répond aux termes de l'art. 486, al. 1 (cfr. art. 702 C. civ. al., précité) ;

2° *que le dommage résulte d'un événement de force majeure*, par quoi le Code Napoléon comprenait entre autres « les vols faits avec force armée », mais non, suivant la jurisprudence, le vol par escalade (controversé), ni celui avec de fausses clefs. Nous pouvons aussi envisager comme des événements de force majeure : des cas de pillage, d'inondation, d'incendie, du moins si l'incendie n'est dû ni à l'hôtelier ni à l'un de ses employés par suite de délit, faute ou négligence à eux imputable, ou si l'hôtelier ne s'était garanti ni n'avait pu se garantir au moyen d'une assurance (voir n° 94) ; en somme, d'après la théorie subjective actuellement dominante, la *vis major* comprend tous les événements dont l'hôtelier n'aurait pu détourner l'effet, même avec la plus extrême vigilance [1]. En revanche, les simples cas fortuits ne déchargent pas l'aubergiste ;

3° *que le dommage découle de la nature même de la chose déposée*, et aussi, probablement, de la nature d'une autre chose apportée par le voyageur.

Mais la responsabilité de l'art. 486 n'est pas édictée en faveur des voyageurs qui déposent leurs effets dans un hôtel sans y loger ; il n'y a là qu'un dépôt volontaire, généralement gratuit (voir, cependant, art. 488).

643. Le principe de la responsabilité disparaît-il si, l'aubergiste ayant déclaré ne vouloir ou ne pouvoir se charger des risques, le voyageur accepte d'être logé à ces conditions ? La disposition de l'art. 486 n'est évidemment pas une *lex absoluta*, et semblable déclaration, acceptée par le voyageur, sortira ses effets, à moins qu'il ne soit pas possible à ce dernier de choisir une autre hôtellerie ; au

[1] *A. T. F.* XVI, 337, 412, XXII, 135 (notre Trib. féd. ne s'est pas prononcé entre les théories objective et subjective ; il a puisé dans l'une et l'autre les éléments de ses décisions).

surplus, les art. 114, al. 1, et 115, al. 2, seront applicables dans cette dernière éventualité. Si l'aubergiste peut bien, en thèse générale, s'exonérer conventionnellement de tout ou partie de la lourde responsabilité qui lui est imposée par la loi, l'art. 487 détermine en revanche que : *L'hôtelier ne peut s'affranchir de la responsabilité définie à l'article précédent, en déclarant, par des avis affichés dans son hôtellerie, qu'il entend la décliner ou la faire dépendre de conditions spéciales.* La responsabilité de l'hôtelier tire son origine de considérations d'intérêt général ; si elle peut être écartée ou restreinte par des conventions expresses faites dans les circonstances prérappelées, il est défendu de la modifier unilatéralement. L'art. 487 se justifie d'autant mieux que ces affiches ne sont pas lues par tout le monde, que la langue peut n'en être pas intelligible pour certains voyageurs, etc. Il importerait peu que l'aubergiste prouvât que ses affiches ont été réellement lues par ceux qui l'actionnent en dommages et intérêts. Au reste, la responsabilité dérivant des art. 486 et s. peut être exclue ou restreinte expressément ou tacitement, par les intéressés, — le fardeau de la preuve étant naturellement à la charge du défendeur.

L'art. 488 ajoute : *Ceux qui tiennent des écuries publiques sont responsables, conformément aux articles 486 et 487, des animaux, voitures, harnais et autres accessoires qu'on y a remisés, ou qui ont été reçus par eux ou leurs gens.* La responsabilité est donc la même que celle définie plus haut. Il suffit d'ailleurs que les animaux ou objets aient été « remisés » ou « reçus » ; il n'est pas besoin qu'ils aient été remis entre les mains de l'aubergiste ou de son personnel, ou qu'un avis préalable ait été donné[1]. Voici quelques exemples : X. se rendant à la foire de Y. loge son cheval dans l'écurie tenue par Z. Ce dernier n'est pas présent, mais le cheval est remis à un domestique. Lorsqu'on sort le cheval de l'écurie, il est boiteux des suites de coups reçus par un autre cheval et doit être abattu. Z. est responsable et doit indemniser X., le montant des dommages et intérêts étant fixé par la valeur de l'animal. Z. ne peut se décharger de toute responsabilité en démontrant que X. n'a point payé de rétribution pour le logement du cheval, ou en alléguant, sans l'établir, — ce qu'il aurait dû faire, s'il le pouvait, — que le cheval, en entrant dans l'écurie, aurait été déjà dans l'état de claudication constaté plus tard[2]. Il en serait de même si l'animal était simplement logé et non nourri, et si le propriétaire de l'écurie ne réclamait, en général, aucune rétribution — un pourboire devant seulement être payé au domestique et l'écurie n'étant qu'une dépendance de l'auberge où les chevaux des voyageurs étaient

[1] *H. E.* VI, 182.
[2] *R. j. f.* IV, 83.

logés plutôt par complaisance[1]. Mais il en est autrement si des animaux ou des voitures sont remisés par pure complaisance[2]. La *diligentia quam suis* ne libère sans doute pas l'aubergiste ou l'hôtelier, si elle est défectueuse[3].

644. L'aubergiste qui, d'après notre Code, est tenu sans limites (cfr. art. 702 C. civ. al.) devrait, semble-t-il, avoir un *droit de rétention* sur les effets apportés ou sur les animaux et voitures remisés en conformité des art. 486 et 488. Mais la loi négligeant de régler ce droit d'une manière spéciale, il convient de rechercher s'il existe aux termes des dispositions générales des art. 224 et s. On constate dès l'abord que le droit de rétention de l'hôtelier présentant beaucoup d'analogie avec celui du bailleur, il eût été nécessaire, si on avait voulu l'admettre, d'édicter à son sujet des prescriptions particulières, comme à l'art. 294 en matière de bail[4]. Il ne faut pas oublier que l'aubergiste, pas plus que le bailleur, n'a à sa « disposition » (art. 224) les effets du voyageur; ces effets se trouvent simplement dans un immeuble lui appartenant. Nous avons démontré ailleurs[5] que le législateur n'avait, soit intentionnellement, soit par suite d'un oubli, pas conféré de droit de rétention à l'hôtelier. Cfr. loi franc. du 31 Mars 1896, entre autres l'art. 6, art. 2102, chif. 5, C. civ. fr., et art. 704 C. civ. al.

644 *bis*. Notre loi ne règle point le *Lagergeschäft* des Allemands, le *contrat d'entrepôt*, et l'abandonne à la législation cantonale (il existe des lois sur cette matière à Genève et à Soleure). Cette convention intervient entre deux personnes, l'entrepositaire, qui offre publiquement de recevoir des marchandises en dépôt, et l'entreposant qui les lui confie. L'entrepositaire, qui obtient de l'autorité compétente la faculté d'émettre des récépissés permettant à l'ayant-droit de demander la sortie des marchandises entreposées (ces récépissés pourront être nominatifs, à ordre ou au porteur), est obligé comme le serait un commissionnaire (cfr. art. 433) à recevoir et à garder les choses qui lui sont remises; il a droit au salaire stipulé ou usuel, ainsi qu'au remboursement de tous les frais qui ne rentrent pas dans les dépenses occasionnées par la garde même du dépôt; il est tenu à restitution comme un dépositaire, mais il restituera, si un récépissé a été créé, au porteur du titre.

---

[1] *R. j. f.* V, 108.
[2] *Ibid.* V, 180.
[3] Cfr. *A. T. F.* XXIII, 803.
[4] Voir, dans ce sens, art. 704 C. civ. al.
[5] *J. d. T.* XXXVI, 609 et s.

TITRE VINGTIÈME

DU CAUTIONNEMENT[1]

CHAPITRE PREMIER

Historique et généralités.

645. Dans l'ancien droit romain, les débiteurs accessoires, les fidéjusseurs, étaient, en somme, traités comme le débiteur principal; la dette ne se divisait pas entre eux et le créancier pouvait, à son choix, actionner l'un ou l'autre de ses co-obligés. Chez les Germains, le débiteur accessoire est, en quelque sorte, un second débiteur principal; la même situation est faite, dans le moyen âge, à la caution, au *pleige*, qui n'a pas le bénéfice de division. Justinien institue, au contraire, le *beneficium divisionis* à l'égard des co-fidéjusseurs, et le *beneficium discussionis* envers le débiteur principal. En droit français, les idées de Justinien ne firent que lentement leur chemin, et quand la législation les adopta, les praticiens les combattirent longtemps en introduisant dans les actes une clause de style par laquelle les « pleiges » renonçaient aux deux bénéfices susmentionnés. La Coutume de Toulouse, les Statuts de Montpellier refusaient même le bénéfice de division aux co-fidéjusseurs. Les lois modernes, en revanche, ont repris le système de Justinien, et

[1] *Haberstich*, II, 291 et s.; *Jacottet*, 276 et s.; *Schneider et Fick*, 612 et s.; *Hafner*, 291 et s.; *Rap. Com. Cons. nat.*, 27 et s.; *Rap. Com. Cons. des Etats*, 18 et s.; *Rap. Soc. ind. et comm. du canton de Vaud*, 95 et s.; *J. d. T.* XXX, 34, XXXVI, 721 et s.; *Zeitsch. für schw. R.*, VII, n. sér. 1 et s. (*Der Rückgriff des Bürgen*, article de M. le Dr W. Vischer); *M. Gmür:* Die Haftbarkeit der Erben für die Schulden des Erblassers, etc., in-8°, Bâle, 1896 (travaux sur le même sujet de *G. Hürlimann* et *J.-H. Weisflog*); *Zeitsch. für schw. R.*, XV, n. s., 97 et s. (art. 493, 494); voir n° 662.

quelques-unes l'ont rendu sensiblement plus favorable aux cautions ; c'est ce qu'a fait notre Code fédéral de 1881.

646. Il existe une grande différence entre les *sûretés réelles* (droit de gage, droit de rétention), et les *sûretés personnelles* telles que le cautionnement. Celui qui constitue un gage, par exemple, n'est tenu comme tel que *propter rem ;* celui qui cautionne s'engage individuellement, sur tous ses biens, et, après sa mort, son obligation passe à ses héritiers. Le but du cautionnement est, comme l'on sait, de garantir l'exécution de l'obligation principale. Quand le débiteur ne peut fournir des sûretés réelles d'une valeur suffisante, le créancier exige à l'ordinaire l'intervention de cautions simples ou solidaires, qui sont responsables pour le débiteur. Le cautionnement est l'un des instruments les plus actifs, comme aussi les plus dangereux du crédit. On cautionne souvent dans l'espoir de n'être jamais recherché ; on cautionne parfois au delà de ses forces, et les désastres financiers sont innombrables qui ont leur source en des cautionnements donnés à la légère. Tant et si bien que les pouvoirs publics ont songé, dans divers pays, à réagir contre la liberté du cautionnement. Il est prudent de ne pas créer des facilités trop grandes de cautionner, mais notre Code ne pouvait guère pousser plus loin qu'il ne l'a fait la protection des personnes qui se lient par des cautionnements. Toujours est-il que l'*Exposé des motifs* de l'avant-projet de Code civil suisse (1900) rappelle, avec raison, qu'une tradition profondément ancrée dans la conscience populaire et qui n'a pas complètement disparu dans les lois, considère les cautionnements comme attachés à la personne de la caution et comme devant s'éteindre à son décès. Et l'art. 603 de cet avant-projet dispose, en conséquence, au titre du bénéfice d'inventaire : « Les cautionnements du défunt sont portés séparément à l'inventaire ; les héritiers n'en sont tenus, même s'ils acceptent purement et simplement, que sur ce qui reste après paiement des dettes. » Ce texte a été amendé comme suit par la grande Commission d'experts chargée d'examiner l'œuvre de M. Huber : « ... n'en sont tenus, même s'ils n'ont pas accepté sous bénéfice d'inventaire, que jusqu'à concurrence du dividende qui serait échu aux cautionnements en cas de liquidation au marc le franc du passif héréditaire » (art. 589 du projet de 1904) ; voir n° 670.

646 *bis*. Disons, avant d'aborder l'examen des art. 489 et s., que notre loi s'occupe exclusivement ici du *cautionnement conventionnel*, et non de la *caution légale* ou *judiciaire*, le droit cantonal ou fédéral spécial faisant encore règle sur ce dernier point. Mais *tous les cautionnements conventionnels sont régis par le Code fédéral de 1881*, et cela quand même l'obligation principale (une créance hypothécaire, par exemple) serait, elle, régie par le droit des cantons.

CHAPITRE II

De la nature, de la forme et de l'étendue du cautionnement.

647. *Nature.* Le cautionnement est un contrat consensuel, unilatéral, accessoire, et habituellement de bienfaisance (voir nos 649, chif. 2, et 654 *in fine*), car en général la caution ne reçoit pas de contre-prestation pour son engagement. La personnalité du débiteur principal étant chose essentielle, la caution n'est engagée que si elle a réellement garanti l'exécution d'une obligation de la personne même qu'elle avait en vue (cfr. art. 20). L'art. 489 définit d'ailleurs notre contrat en ces termes : *Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à satisfaire à une obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.* L'obligation principale peut être actuelle ou future. Il convient d'expliquer ici, en passant, la nature d'une des variétés du cautionnement : celui qui est relatif à la gestion des *fonctionnaires publics*, et auquel on peut assimiler, en somme, quant à sa nature et à ses effets, celui des employés, commis, etc. Le cautionnement donné dans ces circonstances a, entre autres, ceci de particulier : c'est qu'il n'est pas constitué dans le but de garantir une obligation déjà existante ou une obligation future dont la naissance est voulue par les parties ; il est destiné, au contraire, à assurer l'exécution d'une obligation dont la naissance n'est voulue ni par le créancier, ni par la caution, et qui consistera dans la responsabilité du fonctionnaire à raison d'actes illicites qu'il commettrait au mépris de l'intention des contractants. Il ne saurait dès lors être permis à celle des parties envers laquelle le cautionnement a été souscrit, de contribuer par son dol ou sa faute grave (défaut de contrôle ayant rendu possibles les actes illicites) à la naissance de l'obligation que le cautionnement est appelé à garantir[1].

647 *bis.* Ce ne serait pas un cautionnement, mais une obligation principale, que l'engagement pris dans un contrat de garantie

[1] *A. T. F.* XV, 532.

d'un *louage d'ouvrage* en apposant sa signature sous celle du maître, sans que la nature des obligations assumées ait été spécifiée ou puisse être déduite des circonstances[1]. Mais, en général, on peut cautionner toute espèce d'obligations valables (cfr. au surplus art. 492, al. 3), et le cautionnement peut porter sur un chiffre déterminé ou indéterminé ; il pourra être donné, par exemple, pour des avances que le débiteur se fera consentir par un banquier, pour des achats qu'il ferait, etc. Par contre, le cautionnement souscrit en faveur d'une obligation dont la cause est illicite ou immorale est lui-même frappé de nullité (cfr. art. 2012, alin. 1, C. civ. fr.) ; voir n° 649.

648. Mais il convient de reprendre, par le menu, les divers caractères du contrat de cautionnement : 1° Le cautionnement est un contrat *consensuel*, soumis cependant, pour sa validité, outre le consentement des parties (créancier et caution), à la forme écrite de l'art. 491. Toutefois il n'est pas nécessaire, comme en droit français (art. 2015 C. civ.), que le consentement soit « exprès », pourvu que la volonté de la caution de s'obliger comme telle résulte clairement de l'acte. Un cautionnement ne peut être fondé sur de simples conseils, recommandations ou renseignements fournis au créancier. Quand j'écris à Pierre qu'il peut prêter sans crainte de l'argent à Paul, ou que Paul est solvable et que je puis attester la chose, je ne me suis pas encore engagé comme caution ; tout au plus, mes recommandations ou renseignements, s'ils sont mensongers ou imprudents, peuvent-ils m'exposer aux conséquences établies par les art. 50 et s. Il n'y a pas de cautionnement non plus, dans le simple fait qu'une personne appose sa signature, à côté de celle du débiteur d'une reconnaissance de dette, car une manifestation de volonté est indispensable[2] (mais il y a là un indice très fort de l'intension manifestée de cautionner), ni dans celui qu'une cession est « garantie selon la loi[3] », etc. D'un autre côté, l'engagement par lequel des cautions « déclarent se constituer cautions solidaires d'un billet de change jusqu'à bout d'entier paiement » est un cautionnement ordinaire et non point un aval[4]. Il est nécessaire, d'autre part, pour que le cautionnement se forme, que l'engagement de la caution soit accepté, expressément ou tacitement, par le créancier ; aussi longtemps que le cautionnement ne résulte que d'un titre signé par la caution seulement, il ne devient parfait et obligatoire, que par la remise du titre au créancier ou au représentant de celui-ci : le simple fait de la signature par la caution ne suffit pas[5]. Il n'est pas be-

[1] *J. d. T.* XLVIII, 472 ; cfr. *A. T. F.* XXVIII[2], 272 et s.
[2] *Zeitsch. des bern. J. V.*, XX, 271. — Solution contraire, *R. j.* V, 57.
[3] *R. j. f.* V, 145.
[4] *A. T. F.* XIV, 285 et s.
[5] *A. T. F.* XV, 386.

soin, en revanche, que le créancier soit d'ores et déjà *individuellement désigné*, car on peut fort bien cautionner une dette future envers un créancier encore inconnu, afin de donner ainsi à un tiers les moyens d'obtenir du crédit[1]. Comme la personne du créancier joue un rôle prépondérant dans notre contrat, il faudrait admettre la nullité d'un cautionnement dans l'hypothèse où le nom du créancier aurait été, après que les cautions avaient signé, changé à l'insu et sans le consentement de ces dernières[2]. En résumé, la question de savoir si tel engagement constitue un cautionnement valable et quel genre de cautionnement, se résout d'après les circonstances de fait. Comme on l'a vu, le contrat prend naissance entre le créancier et la caution, celui-là ayant désormais deux débiteurs au lieu d'un, ensorte que tous deux doivent devenir insolvables pour qu'il essuie une perte.

2° Le cautionnement est un contrat *unilatéral*, puisque la caution seule se lie envers le créancier, qui n'assume aucune obligation; le débiteur y demeure étranger, juridiquement du moins. Comme le dit l'art. 2014, al. 1, C. civ. fr. : « On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu », — ou en dépit de son opposition et contre son gré, quoiqu'on use peu de cette faculté. Aucune disposition légale ne prohibe d'ailleurs la stipulation, en faveur de la caution qui s'engage pour un tiers, d'avantages pécuniaires constituant une *compensation* des risques courus ensuite du cautionnement[3] et promis par le débiteur ou une autre personne.

3° Le cautionnement est un contrat *accessoire*, car il suppose une obligation principale à laquelle il se rattache. La règle : *accessorium sequitur principale* nous fournira une série d'applications, que nous étudierons ici, sous un numéro spécial; cfr. art. 127 traitant du porté-fort, contrat de garantie principal.

649. Nous lisons à l'art. 492, al. 1 : *Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable*, — l'obligation ne devant pas nécessairement exister lorsque le cautionnement a été souscrit, mais bien lorsque son exécution est réclamée[4] (cfr. art. 492, al. 2). Ceci est évident : on ne saurait garantir une obligation nulle, comme inexistante ou illicite par exemple; si l'obligation cautionnée est seulement annulable, le sort de l'accessoire étant lié à celui du principal, le cautionnement sera valable ou nul selon que la nullité de l'obligation sera ou ne sera pas reconnue. Nous avons cependant,

[1] *H. E.* VIII, 97.
[2] *Zeitsch. des bern. J.* V. XXI, 143.
[3] *A. T. F.* XVI, 664 (voir ad art. 17).
[4] *A. T. F.* XIV, 308.

au 3me alin. de l'art. 492, une exception qui semble assez inutile en regard de l'art. 127, non pas que le contrat de garantie dont nous allons parler doive être interdit, mais bien parce que, pouvant exister en dehors d'une obligation valable, il est moins un cas de cautionnement que de *porté-fort*, et qu'on aurait pu lui assigner sa place naturelle. Le texte auquel nous faisons allusion est ainsi conçu : *La dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur* (cfr. art. 18 et s.) *ou d'incapacité* (cfr. art. 30 et s.) *n'oblige pas le débiteur principal, peut être valablement cautionnée*[1], *si la caution, au moment où elle s'est engagée, connaissait le vice dont le contrat était entaché du chef du débiteur principal.* Dans l'une de ces éventualités au moins, une obligation naturelle survit à l'obligation civile annulée pour cause d'incapacité (ou d'erreur) du débiteur principal, et cette obligation naturelle peut être valablement cautionnée. On peut donc cautionner une obligation souscrite par un mineur, un interdit, une femme mariée non autorisée, ou par un débiteur qui s'est obligé sous le coup d'une erreur essentielle, à condition que la caution connaisse « au moment où elle s'est engagée » la cause de nullité de l'obligation principale. Qu'en est-il à l'égard des dettes entachées de *dol* ou de *violence?* Si la question est controversée en France, elle ne peut l'être sous l'empire de notre Code. La Commission du Conseil des Etats disait, dans son rapport : « l'Etat ne doit, dans aucun cas, accorder son appui à des réclamations qui ont un caractère immoral ou illégal », et la Commission, dans sa majorité, voulait même « déclarer non valable tout cautionnement pour les mineurs », encore que la minorité du débiteur principal fût connue de la caution. Les Chambres fédérales adoptèrent un moyen terme : l'incapacité ou l'erreur du débiteur, lorsque la caution est au courant de ces faits, n'empêche point le cautionnement d'être obligatoire ; en revanche, le dol pratiqué ou la violence exercée envers lui donnant à l'obligation elle-même un caractère immoral, une obligation ainsi viciée ne peut être cautionnée valablement. On ne peut non plus cautionner valablement les obligations frappées de nullité par l'art. 17, ni, selon MM. Schneider et Fick, « les engagements usuraires, les dettes de jeu, les paris ». Cette solution est contestable, en ce qui concerne les « engagements usuraires », puisque le Code fédéral ne fixe pas un maximum du taux de l'intérêt conventionnel, et que, partant, il ne considère ces engagements ni comme immoraux, ni comme illégaux, sauf si les cantons ont fait usage du droit que leur concède l'art. 83, al. 2[2]. Nous ne l'accepterions pas non plus pour les « dettes de

[1] *H. E.* XV, 206, (ou garantie par un gage ou autrement).

[2] *Hafner*, 297 (qui cite, dans le sens de l'invalidité, un arrêt du T. F. — XX, n° 61 — que nous ne trouvons pas à la place indiquée ; cfr. *A. T. F.* XVII, 685,

jeu[1] » et « les paris », ni pour les dettes prescrites ; mais, tandis que l'erreur et l'incapacité constituent des exceptions personnelles au débiteur, et que la caution n'est pas autorisée à soulever de son chef si elle se trouve dans les hypothèses prévues à l'art. 492, al. 3, elle sera en droit, elle sera même tenue, en vertu de l'art. 505, « d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal », ainsi celles tirées du jeu, du pari, notamment, sous peine de perdre son droit de recours dans la mesure et sous les conditions déterminées par le dit art. 505 ; les cautionnements dont il s'agit peuvent être valablement donnés, sauf, pour les cautions, à exciper d'une cause de nullité efficace seulement lorsqu'elle est invoquée.

Le cautionnement peut-il *excéder* la dette du débiteur, ou être contracté de façon qu'il soit rendu *plus onéreux* que l'obligation principale ? Non. Toutefois, il n'est point nul alors, mais simplement réductible, comme en droit français (C. civ. art. 2013). En conséquence, si une dette est de 1000 fr., la caution ne peut s'obliger pour 2000 fr., et si la dette est à terme ou conditionnelle, le cautionnement ne peut être stipulé sans terme ni condition. Il va sans dire que la caution peut parfaitement s'obliger à ne garantir qu'une partie de la dette, ou se soumettre à des conditions moins onéreuses que celles faites au débiteur ; c'est ce qui arrive souvent dans le cautionnement d'*ouvertures de crédits*[2].

Les *co-fidéjusseurs*, que le cautionnement soit simple ou solidaire, contractent d'ailleurs des engagements distincts, qui peuvent être l'objet de modalités différentes, les uns à terme, les autres conditionnels, les autres encore purs et simples, etc. Mais si une caution ne s'est obligée que sous la condition qu'une autre devait s'engager avec elle et qui, en réalité, n'est pas engagée, elle n'est tenue que de ce qu'elle aurait dû si l'autre caution n'avait pas fait défaut[3].

On peut, nous enseigne enfin l'art. 492, al. 2, ***cautionner une obligation future ou conditionnelle, pour le cas où elle sortirait effet***. Si l'obligation se forme ou se réalise, le cautionnement est valable ; il ne l'est pas dans l'alternative contraire. Je me porte caution de X. à l'époque où un crédit de 10,000 fr. lui est ouvert, mais avant tout versement de fonds. X. ne sera obligé que lorsqu'il usera de son crédit, et j'ai cautionné une obligation future ; mais je n'en suis pas moins lié et ne peux me soustraire à mon engage-

où le Trib. féd. déclare que la question de savoir si une convention est usuraire échappe à sa compétence aux termes de l'art. 83, al. 2).

[1] *A. T. F.* XVIII, 283 (les cautions ont le droit d'opposer — art. 505 — toutes les exceptions qui appartenaient au débiteur principal, et par conséquent l'*exception du jeu*).

[2] *A. T. F.* XXIII, 757 et s.

[3] *A. T. F.* XXI, 803 ; cfr. *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVII, 165.

ment en déclarant que je me retire. Ou encore, je cautionne un fonctionnaire public ou le caissier d'une banque ; l'obligation que je garantis est subordonnée à l'arrivée d'une condition, soit d'une fraude ou d'une négligence entraînant sa responsabilité (voir nos 647 et 648).

650. Examinons ici deux variétés de cautionnement, qui ont un caractère conditionnel en ce que l'obligation de la caution ne naît que si tel ou tel événement se produit. *Le certificateur de la caution* — art. 497[1], — *ou caution de la caution, garantit à l'égard du créancier l'engagement de la caution, tout comme la caution garantit celui du débiteur principal*. A moins que le certificateur de caution ne se soit engagé solidairement (cfr. art. 495), ou que l'on ne puisse invoquer l'art. 493 envers les obligés en première ligne, le certificateur est fondé à exiger que le créancier s'en tienne d'abord au débiteur, puis à la caution principale, avant de le poursuivre lui-même en paiement. Il n'est lié, au surplus, que si l'engagement de la caution est valable ou n'est pas éteint ; il n'allège, d'autre part, en aucune manière, la situation de celle-ci, il n'est qu'un garant supplémentaire du créancier, et il peut invoquer les exceptions de la caution[2].

L'art. 498 porte en outre : *L'arrière-caution est garante envers la caution qui a payé du recours qui appartient à celle-ci contre le débiteur principal*. Alors que le certificateur de caution s'oblige à désintéresser le créancier, si ni le débiteur ni la caution principale ne s'exécutent, l'arrière-caution promet à la caution principale de la rembourser de tout ce qu'elle devra payer pour le compte du débiteur (cfr. art. 504 et s.).

S'il y a plusieurs certificateurs de caution ou arrière-cautions, c'est l'art. 496, al. 1, qui est applicable, sauf si elles se sont engagées solidairement (cfr. alors art. 495).

651. La caution contractant une obligation personnelle qui engage tous ses biens, il est naturel qu'elle doive posséder, pour s'obliger, l'exercice de ses droits civils. *Toute personne capable selon le présent code de s'obliger par contrat peut se rendre caution*, dit l'art. 490 (cfr. art. 29 et s. C. O. et art. 1 et s. loi féd. sur la cap. civ.). La liberté du cautionnement accordée aux personnes capables de contracter ne saurait être restreinte par des prescriptions contraires du droit cantonal[3] (voir nos 54, 58 *in fine)*. Les incapables

[1] *A. T. F.* XV, 367, XXIV[2], 173 et s. (art. 493 applicable par analogie, en ce que si le débiteur principal et la caution sont en faillite, le paiement peut être exigé du certificateur).

[2] *Sirey*, 1896, 4, 12 (arrêt du T. F., du 15 Juillet 1895).

[3] *A. T. F.* XIV, 84 (ainsi les dispositions de l'*Emancipationsgesetz* bernoise de 1847 qui restreignaient le droit de cautionner des veuves n'ayant pas partagé avec leurs enfants, sont abrogées) ; cfr. *ibid.* XXI, 33 (femmes argoviennes).

de cautionner sont : les mineurs, les interdits, les femmes mariées, les personnes visées par l'art. 31 C. O. (cfr. art. 34 et 35), sous réserve de l'autorisation de leur représentant légal d'après le droit des cantons.

652. Toutes espèces d'obligations : vente, prêt, bail, louage d'ouvrage, louage de services (voir nos 647 et 647 *bis*), etc., peuvent être garanties par un cautionnement. Ce contrat sera destiné, dans la règle, à assurer le remboursement d'une dette d'argent, mais cette règle souffre de nombreuses exceptions dont nous avons déjà signalé l'une ou l'autre. Je puis fort bien cautionner l'entrepreneur qui s'est engagé à vous construire une maison, le vendeur qui s'est obligé à vous transférer la propriété d'un certain objet, le prisonnier qui est mis en liberté sous promesse garantie par moi de ne pas se soustraire à l'action de la justice. Lorsque la caution ne cautionne pas une dette d'argent, mais une autre obligation, elle est tenue soit d'exécuter elle-même, au lieu et place du débiteur, si la considération de la personne de ce dernier n'est pas essentielle, soit de fournir des dommages et intérêts (cfr. art. 110 et s.), — les conditions sous lesquelles le cautionnement a été souscrit étant d'ailleurs décisives pour en déterminer les effets (voir nos 656 et s.).

652 *bis*. Il n'est peut-être pas inutile de constater que l'engagement de la caution peut être *nové*, indépendamment d'une novation de l'obligation principale[1]. D'autre part, comme le droit commun, notre Code ne permet pas la *dénonciation unilatérale* du cautionnement par la caution ; et le silence même que garderait le créancier à la suite d'une dénonciation n'équivaudrait pas à une renonciation, qui ne peut être qu'expresse[2] ; cfr. au surplus art. 502 et s.

653. Les divers cautionnements contractuels (voir no 646 *in fine*) dont traite le Code sont : l'engagement de la *caution simple* (art. 493, 496), de la *caution solidaire* (art. 495), du *certificateur de la caution* (art. 497) et de l'*arrière-caution* (art. 498).

654. *Forme*. Tandis que le législateur se contente d'une promesse verbale dans le cas du contrat général de garantie (voir no 141), il exige un acte écrit pour la validité du cautionnement, — sans doute parce que le cautionnement étant un contrat accessoire et parce que son auteur ayant la conviction ou du moins l'espoir que le débiteur principal paiera au temps de l'échéance, on cautionne avec moins de réflexion la dette d'autrui qu'on ne promet le fait d'un tiers. L'art. 491 dispose, en conséquence : *Le contrat de*

[1] *A. T. F.* XXIII, 751.
[2] Cfr. *A. T. F.* XXIV[2], 350 et s.

cautionnement, pour être valable, doit être fait en la forme écrite (cfr. art. 11 et s.). Ceci a trait à toutes les espèces de cautionnements, celles des art. 493 et 495, comme celles des art. 497 et 498. Un cautionnement verbal n'a, juridiquement, aucune valeur et ne peut fonder qu'une obligation naturelle ; cependant l'engagement de la caution n'a pas besoin d'être conçu en termes sacramentels, ni d'être exprès, et il n'est pas nécessaire non plus qu'il soit causé (cfr. art. 15), ni même que le créancier soit nommé dans l'acte (voir cependant nos 647 et s.), pourvu que l'acte renferme une formule de cautionnement, avec indication de la créance garantie. Mais quelle est, par exemple, la valeur d'un engagement comme celui-ci, consigné dans une lettre d'un frère du débiteur au créancier et beau-frère de ce dernier : « Je m'engage sur mon honneur à te rembourser dans un avenir peu éloigné la somme qui t'est redue » ? Il n'y a pas là de cautionnement valable constitué [1], quoique d'ailleurs on puisse cautionner par simple lettre [2], ou en blanc, ou au moyen d'un télégramme, pourvu que la signature de la caution figure sur l'original (cfr. art. 12 et 13). Toujours est-il que la caution qui intervient elle-même doit elle-même signer ; elle ne s'oblige pas, — car sa signature ne peut résulter que d'un fait personnel, — si un tiers signe pour elle, en apposant, même de son gré, son nom au bas de l'acte de cautionnement [3]. Quant aux conventions indépendantes du cautionnement, comme la stipulation de tantièmes, à titre de compensation en faveur de la caution qui s'oblige, elles ne sont nullement soumises à la forme écrite exigée par l'art. 491 [4]. Il en serait de même, sans contredit, des conventions ultérieures qui auraient pour but de le limiter.

655. La forme écrite offre certains avantages. La plupart des législations modernes l'ignorent cependant, et le projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne [5] en faisait abstraction (*alias*, art. 766 C. civ. al.). Si la solution de notre loi est recommandable en principe, elle n'en laisse pas moins d'être fort peu pratique dans bien des cas ; et il est regrettable qu'on n'ait pas admis le cautionnement verbal pour des obligations de valeur minime. Ainsi, dans les ventes mobilières, où quantité d'objets de peu d'importance sont mis en adjudication et où le vendeur veut néanmoins être garanti, chaque vente de cinq ou dix francs doit être suivie d'un ar-

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XX, 429 ; cfr. *A. T. F.* XXX[2], 72.
[2] *J. d. T.* XXXV, 455.
[3] *A. T. F.* XIII, 91. Cfr. *ibid.*, XXIII, 1689 (l'engagement d'une caution conjointe peut être constaté par un écrit différent).
[4] *J. d. T.* XXXIX, 786 et s. (arrêt du T. F. du 6 Novembre 1891) ; cfr. *A. T. F.* XVII, 663.
[5] *Motice*, II, 660.

rêt, pour permettre à la caution de signer à la minute, dans le but d'assurer l'exécution d'une obligation principale valable en l'absence même de tout écrit ! L'art. 491 apparaît ici comme une mesure tracassière.

656. *Etendue*. Le cautionnement ne garantit rien au delà de l'obligation principale et il ne peut être souscrit, nous le savons, à des conditions plus onéreuses que celle-ci. Bien plus, il doit être interprété restrictivemement[1], et dans le doute, il faut trancher en faveur de la caution ; ceci s'applique au cautionnement limité comme au cautionnement illimité. Si je cautionne un locataire pour « ses loyers », je n'aurai pas à répondre des autres obligations pouvant naître du bail (dommages et intérêts pour détériorations, etc.) ; si je le cautionne pour « son bail », c'est-à-dire sans restreindre mon engagement à l'une des obligations spéciales du preneur, je serai tenu, en principe, de toutes celles résultant de l'exécution du contrat et de sa résiliation[2], mais non de celles découlant d'un bail renouvelé expressément ou par tacite reconduction, car j'ai entendu cautionner l'ancien bail et rien de plus. Si j'ai cautionné la fidèle exécution d'un louage de services, en revanche, la violation du devoir de surveillance peut devenir pour moi une cause de libération, moyennant qu'il existe un rapport de causalité entre cette violation et le dommage occasionné[3].

657. Sous réserve de toutes les conventions contraires des parties, sous réserve également des règles exposées ci-dessus, l'étendue du cautionnement est ainsi fixée à l'art. 499 : *La caution est tenue du montant de la dette principale, ainsi que des suites légales de la faute* (cfr. art. 116), *ou de la demeure* (cfr. art. 118 et s.), *du débiteur*[4] (al. 1). Elle devra donc, sauf stipulation contraire, garantir, outre le montant de la dette principale, — en cas de doute sur le chiffre de la dette, on interprétera en faveur de la caution[5], — les dommages et intérêts dus ensuite d'inexécution de la part du débiteur, les intérêts moratoires, ceux-ci au taux de 5 % (au lieu du taux plus bas de l'intérêt conventionnel[6]), etc., et même des clauses pénales si elle n'en a pas été expressément ou tacitement libérée. En vertu de l'art. 499, al. 2 : *Elle ne doit les frais de pour-*

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXI, 195. *Bucher*, l. c. n° 1627 (voir ad art. 449).

[2] *J. d. T.* L, 178 (arrêt du T. F., du 8 Févr. 1902).

[3] *J. d. T.* XLVII, 446 (arrêt du T. F., du 27 Juin 1899).

[4] *A. T. F.* XXVI[2], 55 et s. (mais non, à défaut de stipulation contraire, des autres obligations légales résultant de la résolution même, cette résolution replaçant les parties dans l'état où elles se seraient trouvées si le contrat n'avait jamais eu lieu et le cautionnement ne pouvant survivre au contrat principal).

[5] *A. T. F.* XVI, 432.

[6] *R. j. f.* VI, 36.

suites[1] *ou actions dirigées contre le débiteur principal que si elle a été mise, en temps utile, à même de les prévenir en désintéressant le créancier.* Ce dernier agira donc prudemment en avertissant la caution avant d'entreprendre des démarches juridiques contre le débiteur, sans qu'il soit besoin de recourir dans ce but à une mise en demeure proprement dite. Cette disposition légale avait été repoussée par les rédacteurs du projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne[2] comme vexatoire pour le créancier et de peu de profit pour la caution. Elle engendrera vraisemblablement bien des contestations et veut être étudiée de près. Tout d'abord, le créancier sera-t-il tenu d'accorder un délai à la caution, pour que celle-ci puisse prévenir, par le paiement ou d'une autre manière, les actions ou poursuites dont le débiteur principal est menacé ? Evidemment non, celui-ci étant en demeure et l'exécution de l'obligation pouvant être réclamée sans délai ; la caution devra donc, sur premier avis, désintéresser le créancier si elle ne préfère s'exposer aux conséquences indiquées à l'art. 499. Si elle a été avertie que des poursuites allaient commencer, le créancier n'a-t-il plus d'avertissement ultérieur à lui donner ? Non, certes, si les poursuites se continuent régulièrement. Mais si, dès le commandement de payer, il y a opposition du débiteur et qu'un procès s'engage, ou si d'autres contestations surgissent dans le cours des poursuites ? Nous estimons qu'un nouvel avis est nécessaire, en argumentant du texte français de l'art. 499 qui parle des « poursuites *ou* actions » et qui semble marquer l'insuffisance d'un avertissement initial lorsque l'exécution se complique d'un procès. Au reste, les motifs qui ont inspiré cette prescription légale en faveur de la caution viennent à l'appui de notre opinion. Si, caution du sieur X. pour une somme de 50 fr., je laisse le créancier faire contre son débiteur les poursuites dont il m'a prévenu, il ne me sera pas indifférent d'apprendre que ce dernier a formé une opposition, peut-être mal fondée, qu'une action sera intentée, que des frais considérables seront occasionnés, etc. J'ai pu, au début, tenir à ce que le débiteur fût exécuté, le jugeant solvable pour 50 fr. ; mais si sa solvabilité est douteuse et si le montant de la dette se trouve augmenté de 50 ou 100 fr. de dépens, j'ai un intérêt majeur à payer le créancier avant tout procès.

L'art. 499, al. 3, porte encore : *Lorsqu'il y a des intérêts stipulés, la caution répond, sauf convention contraire, des intérêts courants et des intérêts échus d'une année.* On applique l'article 499, al. 1, quant aux intérêts légaux ; les conventions contraires réservées par la loi pourront d'ailleurs être extensives ou restrictives. Nous savons que le cautionnement est presque toujours un contrat de bienfaisance. C'est ce qui justifie l'art. 499 *in fine*, d'au-

[1] *A. T. F.* XV, 304 (ainsi les frais d'un séquestre).
[2] *Motice*, II, 665; cfr. art. 767, al. 2, C. civ. al.

tant plus que le créancier ne peut pas laisser impunément s'accumuler les intérêts, car il a des devoirs envers la caution. Celle-ci ne doit en principe que les intérêts échus d'une année et les intérêts courants, c'est-à-dire ceux de l'année de dette au cours de laquelle la caution est requise de payer (de la dernière échéance jusqu'au jour du paiement). J'ai cautionné une dette de 1000 fr. dont les intérêts échoient le 1er Janvier de chaque année; le débiteur n'a pas acquitté le terme échu le 1er Janvier 1905 et je paie le créancier le 1er Avril de la même année : je devrai le terme échu le 1er Janvier 1905, plus trois mois d'intérêts pour 1905, mais non pas les termes antérieurs qui pourraient n'avoir pas été acquittés. Si l'échéance des intérêts est semestrielle, on calcule de même, l'intérêt pouvant être réclamé pour deux semestres courants et non pour un semestre seulement (M. Fick est d'un autre avis, mais les textes allemand et italien de l'art. 499 lui donnent tort). N'oublions pas que la caution est responsable, en outre de ceux de l'art. 499, al. 3, des intérêts qui viendraient à échoir pendant les poursuites dirigées contre elle.

658. *La caution*, prescrit l'art. 500[1], *ne peut être contrainte à payer avant le terme fixé pour le paiement de la dette principale* (cfr. art. 86 et s.), *encore que l'échéance en fût avancée par suite de la faillite du débiteur* (al. 1). « L'ouverture de la faillite, dispose, à la vérité, l'art. 208 de la loi fédérale du 11 Avril 1889, rend exigibles les dettes du failli » ; cfr. art. 215 et 271 *ibid.* Mais la caution ne doit pas souffrir une aggravation de ses engagements, du chef de la faillite du débiteur principal. L'échéance fixée à l'origine et acceptée par la caution ne saurait être avancée contre cette dernière, si elle n'y consent pas. Elle peut, en revanche, être recherchée à raison des intérêts échus dès l'ouverture de la faillite, en application de l'art. 493. Le 2me al. de l'art. 500 dit encore : *Si la dette principale n'est exigible que moyennant un avertissement préalable, cet avertissement doit aussi être donné à la caution*, — simple ou solidaire, peu importe. Que ce soit le débiteur qui dénonce ou le créancier qui demande le remboursement, la caution n'est tenue, dans l'hypothèse de l'art. 500, al. 2, qu'à partir de l'expiration du délai d'avertissement qui lui aura été communiqué par le créancier ou un mandataire de celui-ci. C'est également ce qui ressort du texte suivant : *Le délai d'avertissement court pour la caution du jour où la communication lui a été faite* (al. 3). J'ai cautionné une dette de 1000 fr., payable à réquisition, moyennant un avertissement préalable de six mois. Le créancier avise le débiteur du remboursement le 1er Janvier 1905 ; il sera en droit de le poursuivre

[1] L'art. 500 ne s'applique point, par analogie, à la garantie en matière de *cession*, car il est particulier au contrat accessoire de cautionnement (*A. T. F.* XXIV², 120).

dès le 1er Juillet même année (cfr. art. 117); mais, et alors même que le débiteur se trouverait dans l'un des cas de l'art. 493, le créancier qui ne m'aurait pas averti, moi, caution, ne pourrait m'actionner valablement que six mois après m'avoir avisé en conformité de l'art. 500. En droit français au contraire, la caution peut être poursuivie toutes les fois que le créancier est autorisé à agir contre le débiteur et l'on ne connaît point la faveur de l'art. 500, al. 2.

CHAPITRE III

Des effets du cautionnement.

659. Nous avons expliqué, dans le précédent chapitre, les deux seuls articles (499 et 500) que le C. O. range sous la rubrique: « des effets du cautionnement » ; ils en concernent plutôt l'étendue.

660. *A l'égard de la caution simple*. La caution est bien obligée de payer à défaut du débiteur, mais elle possède, outre le *bénéfice de subrogation* des art. 504 et s., le *bénéfice de discussion*, qui lui permet d'exiger que le créancier discute au préalable le débiteur principal en le faisant saisir et vendre (art. 493), et le *bénéfice de division* qui, supposant l'existence de plusieurs cautions conjointes, autorise celle d'entre elles que poursuit le créancier à réclamer la répartition de la dette entre elle et ses co-garants solvables. Il n'est question ici que de la *caution simple*, qui ne répond que subsidiairement des obligations du débiteur, et non de la caution solidaire tenue envers le créancier (cfr. art. 495) à l'égal du débiteur lui-même.

661. La caution devrait pouvoir être forcée de payer dès que le débiteur néglige de le faire à l'échéance. Mais l'équité veut qu'elle puisse demander que toutes poursuites soient suspendues contre elle jusqu'à la discussion, à la liquidation des biens du débiteur (*bénéfice de discussion*). Elle n'est, en effet, intervenue qu'accessoirement, et il est juste qu'avant de l'actionner, elle, il soit établi que le débiteur est incapable d'exécuter ses obligations.

L'art. 493[1] est ainsi conçu : *Le paiement ne peut être exigé de*

[1] *A. T. F.* XV, 367 (faillite et poursuites infructueuses; procédure cantonale); cfr. *Zeitsch. f. schw. R.*, XV, n. s. 97 et s.

la caution simple que si le débiteur principal est en faillite (cfr. cependant art. 500), *si les poursuites exercées contre lui sont demeurées infructueuses sans la faute du créancier ou si le débiteur ne peut plus être actionné en Suisse* (cfr. art. 153, chif. 6 C. O. et 46 et suiv. L. P.). — *Toutefois cette règle ne s'applique pas aux cas prévus au 3me alinéa de l'article 492*, — cas dans lesquels la caution peut être poursuivie nonobstant le défaut d'obligation principale valable à l'égard du débiteur. Le bénéfice de discussion étant un avantage légal de la caution, elle peut y renoncer expressément, ou même tacitement, soit en se soumettant à la clause de solidarité, soit en n'opposant pas son bénéfice au créancier poursuivant. Mais elle est déchue du droit de s'en prévaloir dans les quatre circonstances suivantes, sur lesquelles nous croyons devoir insister :

1° Lorsque le débiteur principal est *en faillite* et dès la déclaration de faillite par l'autorité compétente. Il n'est pas nécessaire que la liquidation ait eu lieu et que la perte du créancier soit définitivement fixée. Pourvu que la créance soit échue (cfr. art. 500) et que l'ouverture de la faillite du débiteur se soit produite, la caution peut être recherchée par le créancier dans les limites de l'art. 499, sous l'obligation incombant à ce dernier de sauvegarder le recours de la caution contre le débiteur principal (cfr. art. 510).

2° Lorsque des *poursuites exercées contre le débiteur sont demeurées infructueuses*, sans la faute du créancier[1], en ce qu'il aurait négligé des délais, n'aurait pas poussé l'exécution jusqu'au bout, n'aurait pas fait valoir des titres probants contre le débiteur, n'aurait pas suivi les formes tracées par la loi, aurait laissé perdre son gage ou son hypothèque, etc. (cfr. art. 494). Si, par sa faute, le créancier n'a pas obtenu de son débiteur tout ce qu'il en aurait reçu, en le poursuivant avec la diligence voulue, la caution peut exiger que les poursuites soient recommencées, ou qu'on ne la recherche que jusqu'à concurrence de la portion irrecouvrable de la dette.

Il y aura « poursuites infructueuses », lorsque le créancier aura exécuté sans résultat ; lorsque l'exécution n'aura fourni qu'un résultat partiel, les poursuites seront « infructueuses » pour les sommes restant dues et non recouvrables contre le débiteur. Mais il ne suffit pas que les poursuites soient commencées et qu'on puisse prévoir leur insuccès. Voici deux solutions de la jurisprudence sur ce point : Il n'y a pas « poursuites infructueuses », si le procès-verbal de carence dressé par l'huissier relate des objets se trouvant entre les mains du débiteur, mais que la femme de celui-ci revendique

[1] Le *fardeau de la preuve* est réparti ainsi : le créancier doit établir les poursuites infructueuses, la caution doit démontrer l'existence d'une faute par lui commise. Le créancier n'est tenu d'ailleurs que de « poursuivre », et il n'est pas obligé d'intenter une action révocatoire, par exemple. Cfr. *Hafner*, 299.

comme siens ; il faut avant tout que le créancier ait tenté vainement de revendiquer ces objets ou ait porté le fait à la connaissance de la caution pour que celle-ci puisse, le cas échéant, résister elle-même à l'action en revendication [1]. Les « poursuites infructueuses » ne ressortent pas encore de la preuve faite, d'une manière générale, de l'insolvabilité du débiteur ; il faut que cette preuve repose sur des poursuites juridiques demeurées sans effet [2].

3° Lorsque le *débiteur ne peut plus être actionné* (ou, plutôt, poursuivi) *en Suisse* (cfr. art. 46 et s. L. P.), et à condition qu'il ait été établi en Suisse, à l'époque où le cautionnement a été souscrit. S'il était domicilié à l'étranger à la dite époque, la caution peut opposer le bénéfice de discussion. Il est inexact de prétendre, comme on l'a fait, que, par analogie avec l'art. 493, si le débiteur, originairement domicilié hors de Suisse, transporte son domicile dans un pays où l'action du créancier suisse est entourée de difficultés, comme en Russie, en Amérique, celui-ci peut actionner la caution simple aussitôt après l'échéance. Cette restriction du bénéfice de discussion n'a été adoptée que dans l'hypothèse où le créancier quitterait la Suisse, ainsi qu'il est rationnel et ainsi que l'exprimait le rapport de la Commission du Conseil national. Et puis, les mots : « ne peut *plus* être actionné en Suisse » sont eux-mêmes assez clairs pour qu'aucun doute ne puisse s'élever à cet égard. Mais si le débiteur qui a transféré son domicile en Russie ou en Amérique avait *élu domicile* en Suisse ? La caution pourra se prévaloir du bénéfice de discussion, puisque le débiteur peut être actionné en Suisse ; et avant que le créancier soit en droit de recourir contre elle, il devra prouver que des poursuites infructueuses ont été exercées au domicile élu. Et si le *domicile est inconnu ?* Le créancier devra d'abord poursuivre par la voie édictale, car il peut, de cette manière, actionner le débiteur en Suisse, quitte à s'en prendre à la caution quand ses démarches se seront révélées inutiles.

4° Lorsque le *cautionnement est de ceux de l'art. 492, al. 3*, parce qu'ici la caution est dans la même position qu'un débiteur principal ; si l'*exceptio excussionis sive ordinis* lui était donnée, son engagement et, partant, la disposition légale dont il s'agit n'auraient aucune valeur.

662. La caution simple peut invoquer son bénéfice dans une autre direction encore ; il est vrai que la renonciation expresse à ce bénéfice est presque devenue une clause de style. Voici ce que nous enseigne l'art. 494 : *Lorsqu'avant le cautionnement ou en même temps, le créancier a reçu en garantie de l'obligation une*

[1] *R. j. f.* V, 63.
[2] *Ibid.* V, 151.

hypothèque ou un gage, la caution simple peut exiger qu'il se paie d'abord sur les choses données en garantie, à moins que le débiteur principal ne soit en faillite ou que l'hypothèque ou le gage ne puisse être réalisé sans faillite (cfr. art. 495 et 808 qui dérogent). En d'autres termes, et à moins de conventions contraires qui peuvent toujours intervenir, la caution ne saurait être poursuivie avant la réalisation du gage, sauf dans ces deux éventualités :

1° *si le débiteur est en faillite* (cfr. art. 493, 510) et que la dette soit d'ailleurs échue (cfr. art. 500) ; on applique purement et simplement l'art. 493 ;

2° *si la réalisation devait entraîner la faillite du débiteur*, — ce qui se détermine d'après les circonstances.

Au fond, l'art. 494 paraît faire plus ou moins double emploi avec l'art. 493, puisque, d'après cette dernière disposition, la caution simple peut exiger qu'avant de la poursuivre, le créancier discute *tous* les biens du débiteur, par conséquent aussi le gage ou l'hypothèque ; il a cependant sa raison d'être quand l'hypothèque ou le gage a été constitué par une tierce personne et il signifie encore que la caution peut demander la réalisation préalable des gages, même si le débiteur ne pouvait plus être actionné en Suisse. S'il en est ainsi, nous n'aurons pas de peine à résoudre la question suivante, que M. Hafner tient pour douteuse : Quels sont, à l'égard de la caution, les droits du créancier qui est couvert en partie seulement par la réalisation ? M. Hafner admet qu'elle pourra être recherchée immédiatement pour le surplus, alors même que le débiteur ne serait pas complètement liquidé et posséderait d'autres biens. Nous croyons[1] que, même ici, il y a lieu d'observer l'art. 493 ; et, à condition que le débiteur ne se trouve pas dans un autre des cas prévus par ce texte, le créancier qui n'a été désintéressé qu'en partie par la réalisation devra encore établir qu'il a exercé des poursuites infructueuses sur les autres biens de son débiteur. Adopter l'opinion de M. Hafner conduirait à cet étrange résultat : c'est que la caution d'une dette garantie par gage serait traitée plus rigoureusement que la caution d'une dette non garantie.

Il faut appuyer en outre sur le fait suivant : l'art. 494 procède de l'idée que l'hypothèque ou le gage, qui ne peut être qu'une sûreté conventionnelle (non pas un droit de rétention), a été constitué « *avant* le cautionnement ou *en même temps* ». Si la constitution de garanties réelles est postérieure à l'engagement de la caution, nous retombons dans le cas de l'art. 493, la caution n'étant pas fondée à en tirer avantage, à moins qu'elles ne fussent prévues au moment où elle s'est obligée.

663. M. Haberstich se demande, à propos de l'art. 494, si le gage

[1] Dans le même sens, *R. j. f.* VII, 87.

et le cautionnement, résultant du même acte, la caution est libérée dans le cas où la constitution de gage serait annulée. Nous n'hésitons pas à décider cette question par l'affirmative, en argumentant par analogie de l'art. 508, du moins lorsque la constitution de gage était nulle en soi (à l'insu de la caution) et que cette nullité n'est pas résultée d'un événement ultérieur non imputable à la faute du créancier ; ici la caution devrait souffrir la nullité, comme elle doit supporter les conséquences d'une dépréciation ou d'une destruction réelle des gages. Voir, au surplus, les art. 507 et s.

664. De même qu'entre co-débiteurs non solidaires, la dette se divise de plein droit entre cautions simples *(bénéfice de division)*, à tout le moins quand elle est divisible (cfr. art. 79 et 80). *Lorsque plusieurs personnes*, dit l'art. 496, *ont cautionné conjointement*[1] *une même dette divisible, chacune d'elles est obligée comme caution simple pour sa part et comme certificateur de caution pour les parts des autres* (al. 1). Si les cautions ne se sont pas engagées « conjointement » — *gemeinsam*, — elles seront tenues, soit pour leur part seulement, soit chacune pour le tout, suivant les conventions passées avec le créancier. Le bénéfice de division ne peut, d'un autre côté, être réclamé à l'égard des co-cautions qui se trouvent dans l'un des cas de l'art. 493, al. 1 (faillite, poursuites infructueuses, etc.). Mais si les cautions simplement conjointes ne se trouvent pas dans l'un ou l'autre des cas de l'art. 493, al. 1, le créancier ne peut poursuivre chacune d'elles que pour sa part virile, une moitié, un tiers, un quart, selon qu'elles sont au nombre de deux, trois ou quatre. S'il y a des cautions se trouvant dans l'un des cas de l'art. 493, al. 1, le créancier n'a pas à les prendre en considération pour opérer la division de la dette ; s'il y a, par exemple, deux cautions sur quatre qui soient en faillite, ou poursuivies sans résultat pour leur part et portion, ou établies à l'étranger, le créancier procédera comme s'il n'y avait que deux cautions, sauf le recours de celles-ci contre les autres jusqu'à due concurrence. Le bénéfice de division ne peut, comme on le voit, être demandé que sous les mêmes conditions que celui de discussion (cfr. art. 496, al. 1, 497 et 493). Il va sans dire que l'art. 496, al. 1, suppose que le débiteur principal est lui-même dans l'un des cas prévus à l'art. 493, car c'est alors seulement que les cautions simples sont actionnables et que le bénéfice de division sera invoqué. La caution se réclamera donc, en première ligne, du bénéfice de discussion, puis

[1] *A. T. F.* XXVII[2], 61 (ce texte doit s'interpréter — *contra*, Hafner, ad art. 496, note 2, — en ce sens que les co-cautions ne s'engageront pas nécessairement en considération de leurs obligations respectives). *Ibid.* XXII, 96 et s. (effet de l'*erreur* d'une caution, qui croit que l'engagement de ses co-cautions est valable alors que l'une d'elles n'est pas obligée, — réduction proportionnelle de la responsabilité).

du bénéfice de division, si le débiteur principal est en faillite, etc., et si elle-même s'étant engagée conjointement avec d'autres, elle était poursuivie pour le tout.

665. Si la dette est *indivisible*, consulter l'art. 79. Si les cautions sont *solidairement conjointes*, voir la section suivante. Rappelons en outre l'art. 216 L. P., concernant les droits du créancier dans la faillite de plusieurs coobligés (débiteur et cautions).

666. *A l'égard de la caution solidaire*. La caution solidaire ne jouit ni de l'un ni de l'autre des bénéfices conférés à la caution simple aux art. 493, 494 et 496, al. 1 ; (voir cependant une des espèces de l'art. 496, al. 2). C'est ce que nous allons constater.

Aux termes de l'art. 495 : *Lorsque la caution s'oblige avec le débiteur principal, en prenant la qualification de caution solidaire, de codébiteur solidaire, ou toute autre équivalente* (cfr. art. 162 et s., 438, al. 2, 808), *le créancier peut la poursuivre*[1] AVANT *de s'adresser au débiteur principal et de se payer sur les choses données en garantie ; au surplus, les dispositions du présent titre sont applicables même à ce cas spécial* (cfr. art. 489 à 492, 496, al. 2, 499 à 511). La solidarité ne résulte pas nécessairement de termes sacramentels ; s'il était contesté qu'un engagement eût été pris sous clause de solidarité, il faudrait trancher la question d'après le sens des formules employées, d'après la volonté exprimée ou présumable des parties, d'après les circonstances en un mot ; on interpréterait, dans le doute, contre la solidarité. D'autre part, nous savons qu'il y a, dans un cautionnement, même solidaire, autant d'engagements distincts que de co-fidéjusseurs solidaires et ces engagements peuvent avoir des modalités différentes, sans que la solidarité en soit affectée.

La caution solidaire est tenue, *envers le créancier*, à l'égal du débiteur solidaire. Le créancier peut la poursuivre seule pour le tout, ou conjointement avec ses co-cautions pour le tout, avant ou après la réalisation des gages s'il en a été donné. Mais alors qu'en droit français, les principes régissant les cautionnements solidaires sont les mêmes que ceux relatifs aux dettes solidaires (C. civ. art. 2021), il en est autrement en droit fédéral où le cautionnement solidaire, en ce qui a trait à son étendue, aux frais des poursuites et actions, aux intérêts, aux conséquences de la faute et de la demeure du débiteur, au recours, à l'extinction de l'engagement, est soumis aux mêmes règles que le cautionnement simple.

666 *bis*. La Cour d'appel et de cassation du canton de Berne a

[1] Le texte allemand dit : *belangen*, ce qui implique les poursuites et actions, — mais non une procédure à fin de demande de garantie (*Zeitsch. des bern. J. V.* XXII, 33).

reconnu ceci, dans un arrêt du 21 Décembre 1893 : « L'art. 495 prescrit ce qui suit (voir texte ci-dessus). L'interprétation de ces termes n'est pas sans donner lieu à une certaine ambiguité ; c'est ainsi qu'on peut se poser la question de savoir si, lorsque la caution s'est engagée sous la seule mention de « caution solidaire », elle est solidaire avec le débiteur principal. Mais cette ambiguité disparaît si l'on s'en réfère au texte allemand de l'art. 495 C. O., qui dit ce qui suit : *Wer sich mit dem Hauptschuldner als Bürge unter Beifügung der Worte : solidarisch mit dem Hauptschuldner... verpflichtet... kann auch vor dem Hauptschuldner... belangt werden*. En effet, il résulte nettement de ces mots que, pour qu'il y ait solidarité entre la caution et le débiteur principal, la caution doit avoir adopté l'expression de « caution solidaire avec le débiteur principal » ; d'où il suit que S., ayant signé simplement comme caution solidaire, l'exception dilatoire — fondée sur le fait qu'il avait droit au bénéfice de discussion de l'art. 493 — est parfaitement justifiée ». Cette décision repose, à notre avis, sur un malentendu. L'expression de « caution solidaire » s'applique, en français, à une caution qui est liée solidairement aussi bien avec le débiteur principal qu'à l'égard de ses co-cautions ; notre langue ignore la distinction que semble créer le texte allemand, et comme, dans toute convention, il importe de rechercher en première ligne quelle a été l'intention des parties, nous pouvons affirmer que dès qu'une personne s'est engagée, en français, comme caution solidaire, elle et le créancier ont compris par là qu'elle renonçait au double bénéfice de discussion et de division. Il n'est donc pas nécessaire que la caution se soit formellement obligée comme « caution solidaire avec le débiteur principal ». Le texte allemand du C. O. ne saurait prévaloir contre l'évidence. Ce n'est que si elles se sont expressément déclarées cautions solidaires « entre elles » (cfr. art. 496, alin. 2), qu'elles sont en droit d'exciper dilatoirement du chef de l'art. 493 [1].

687. La solidarité n'existe qu'envers le créancier ; elle n'a pas lieu *entre les cautions* solidaires elles-mêmes [2]. L'art. 496, al. 2, nous dit : *Si les cautions se sont obligées solidairement, soit avec le débiteur principal, conformément à l'article 495, soit entre elles* (dans ce dernier cas, elles peuvent invoquer contre le créancier le bénéfice de discussion des art. 493 et 494), *chaque caution répond de la dette entière, mais elle a son recours contre les au-*

[1] *J. d. T.* XLII, 257 et s. (voir un article que nous avons consacré à cette question ; cfr. *Zeitsch. des bern. J. V.* XXX, 337, et dans le même sens que nous, *Hafner*, ad art. 495, note 1 *a*).

[2] *J. d. T.* XXXVI, 334 ; cfr. *A. T. F.* XXIII, 1697, concernant l'emploi du mot *solidarisch*.

tres pour leurs parts et portions[1] (cfr. art. 168). M. Jacottet pose ici, sans la résoudre, la question de savoir si la prescription interrompue contre l'une des cautions solidaires l'est contre les autres. Nous la résoudrions par la négative, pour les motifs indiqués sous nº 192, chif. 4.

Voir, au surplus, l'art. 216 L. P.

668. *Certificateurs de caution et arrière-cautions.* Nous avons déjà anticipé sur cette matière (voir nº 650). On n'a pas oublié que le certificateur de caution *(Nachbürge)* est une caution subsidiaire qui ne peut être recherchée — mais qui peut l'être alors comme la caution elle-même — qu'après discussion du débiteur principal et de la caution (cfr. art. 493, 494, 497) ; s'il y a plusieurs certificateurs de caution, on applique l'art. 496. L'arrière-caution *(Rückbürge)* ne prend d'engagement qu'envers la caution à laquelle elle garantit le remboursement de ce que celle-ci devrait payer pour le débiteur principal ; elle est caution du débiteur envers la caution principale (cfr. art. 498, 499, et, pour le recours, 504 et s.) ; s'il y a plusieurs arrière-cautions, il conviendra de s'en tenir également à l'art. 496.

CHAPITRE IV

De l'extinction du cautionnement (simple et solidaire).

669. I. *Par suite de l'extinction de l'obligation principale.* Nous rappelons le texte des art. 129 et 492 ; et cela pourrait suffire. Mais le législateur s'est dit que ce qui abonde ne vicie pas, et il nous a dotés de la superfétation de l'art. 501. Voici ce dernier texte : *La caution est libérée par l'extinction de l'obligation principale* (cfr. entre autres art. 502, 503, 509, 510), — quelle que soit la cause d'extinction, paiement, novation[2], déchéance[3], etc. Ceci signifie qu'elle est libérée envers le créancier, mais non point, qu'une fois que l'une des cautions a payé la dette principale, toutes les autres

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XL, 23, arrêt du T. F., du 12 Sept. 1903 (la créance issue du recours de la caution solidaire contre une co-caution ne porte pas *intérêts* de plein droit).

[2] *A. T. F.* XI, 210 ; cfr. *ibid.* XV, 144, XXII, 1275.

[3] *R. j.* IV, 174.

sont absolument déchargées ; celle qui a payé au delà de sa part est fondée à recourir contre ses co-fidéjusseurs (art. 496). Signalons encore les art. 153, 155, 159, ajoutons que le cautionnement peut s'éteindre par voie principale, comme nous le verrons ci-après, même sans que l'obligation principale ait pris fin (cfr. art. 420, 502, 503, 508, 509 et 510), et constatons encore que si le cautionnement n'avait été donné que pour les intérêts, par exemple, il serait éteint dès l'extinction de l'obligation principale, comme aussi que la caution pourrait invoquer la prescription si le débiteur négligeait de s'en prévaloir.

670. II. *A raison du défaut de poursuites contre le débiteur principal, dans les cas des art. 502 et 503*[1]. Nous distinguerons, comme le fait la loi, suivant que le cautionnement est de durée *déterminée* ou *indéterminée ;* nous examinerons ensuite diverses hypothèses qui ne rentrent exactement ni dans les termes de l'art. 502, ni dans ceux de l'art. 503. Mais, avant de passer à ces objets, nous croyons devoir rappeler l'art. 513 des projets, supprimé sur la proposition de la Commission du Conseil national : « L'obligation qui découle du cautionnement se prescrit par deux ans à partir du *décès de la caution,* si le créancier n'a pas donné avis du cautionnement à l'un au moins des héritiers, à moins qu'il ne lui eût été impossible de donner cet avis en temps utile, ou que les héritiers n'aient eu connaissance du cautionnement de quelque autre manière. » On a fait observer justement que c'eût été imposer une obligation excessive aux établissements financiers, en particulier, et que les héritiers pouvaient toujours se renseigner sur les cautionnements souscrits par le *de cujus,* en faisant dresser un inventaire de la succession. Voir n° 646 *in fine*.

671. *1. Cautionnement donné pour un temps déterminé.* Il se peut que la caution se soit engagée à garantir l'obligation du débiteur principal jusqu'à l'échéance, ou pour un certain laps de temps à partir de cette échéance, en vue, par exemple, de procurer au débiteur des délais pour le paiement. Mais si un terme n'a été fixé que pour l'échéance de la dette, le cautionnement est réputé fourni pour une durée indéterminée, et nous rentrons dans l'hypothèse de l'art. 503. Il faut donc, pour que l'art. 502 soit applicable, que *le cautionnement lui-même soit à terme fixe,* ensorte que : le cautionnement donné pour assurer le paiement de marchandises à livrer dans un délai déterminé, n'est pas limité dans le sens de notre article[2], non plus que l'engagement de la caution qui s'est obligée

[1] Ces articles ne s'appliquent qu'aux *cautions* et non pas à des *codébiteurs solidaires*, comme le sont les co-obligés sur effet de change (*R. j. f.* II, 49).

[2] *A. T. F.* XIV, 311 ; cfr. *ibid.* XV, 328, XVI, 434 ; *Zeitsch. des bern. J.* V. 398.

« jusqu'à paiement complet de la dette principale[1] », le cautionnement lui-même n'étant pas de durée fixe, mais bien indéterminée, dans l'un et l'autre cas. Il sera déterminé, en revanche, si la caution s'est obligée sous la condition que la dette serait payée en six versements mensuels[2], et toutes les fois que son engagement même ne sera assumé que jusqu'à une échéance fixe.

Ceci dit, nous pouvons transcrire l'art. 502 : *La caution qui ne s'est engagée que pour un temps déterminé, est libérée si le créancier ne commence pas les poursuites dans les* QUATRE SEMAINES *qui suivent l'expiration de ce temps et s'il ne les continue pas sans interruption notable.* Ce texte, qui n'a point son équivalent en droit français, est emprunté aux Codes civils neuchâtelois (art. 1655), vaudois (art. 1521), fribourgeois (art. 2114), qui avaient d'ailleurs un délai plus court ou plus long que celui de notre loi. L'art. 502 paraît constituer une grande faveur pour la caution. En réalité, les créanciers s'arrangeront de façon à obtenir des cautionnements de durée indéterminée ou feront renoncer les cautions au bénéfice du dit article, ce qui est incontestablement licite. Par contre, les parties pourraient fort bien convenir que la caution est seulement obligée jusqu'à telle ou telle date, ensorte qu'elle serait libérée si les poursuites ne commençaient pas à la date indiquée.

Nous avons insisté déjà sur le fait que l'art. 502 est applicable, non pas aux dettes à échéance fixe, mais aux cautionnements souscrits eux-mêmes pour un temps déterminé ; les cautions seront aisément tentées de confondre ce cas avec celui de l'art. 503, quoiqu'il soit assez facile de les distinguer l'un de l'autre. Lorsque la caution s'est engagée pour un temps déterminé, elle est déchargée de toute obligation envers le créancier, si ce dernier n'a pas introduit des poursuites ou une action contre le débiteur (cfr. art. 493, 494), ou même contre la caution (cfr. art. 495) dans les *quatre semaines* qui suivent l'expiration de ce temps, le jour à partir duquel court la prescription des droits du créancier contre la caution n'étant au reste pas compté dans la supputation du délai (cfr. art. 150).

Si le délai de quatre semaines est absorbé en tout ou en partie par les féries ou par des suspensions, il semble que le laps de temps ainsi absorbé ne saurait être pris en considération, puisque le créancier s'est trouvé dans un cas d'inaction forcée. Mais il ne cesse pas de courir durant les féries et suspensions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes (art. 56 et s.), ni pendant les féries judiciaires des Codes de procédure civile, car notre art. 153 n'envisage pas ces circonstances comme pouvant empêcher la prescription de conti-

[1] *R. j. f.* II, 105, VI, 79.
[2] *R. j. f.* V, 62.

nuer. Il y a là une lacune dans notre législation, ou du moins quelque chose de défectueux : les quatre semaines devraient être quatre semaines utiles. Est-on autorisé à invoquer l'art. 63 de la loi du 11 Avril 1889, ainsi conçu : « Les délais ne cessent pas de courir pendant la durée des féries et des suspensions ; mais si la fin d'un délai coïncide avec un jour des féries ou de la suspension, le délai est prolongé jusqu'au troisième jour utile » ? Oui, assurément, lorsque le créancier ne pouvait recourir qu'à un acte de poursuite contre son débiteur pour satisfaire à l'art. 502. Ce délai de quatre semaines, qui est au demeurant trop court, risquerait d'être un piège tendu au créancier, s'il était défendu d'invoquer l'analogie du dit art. 63, que repousse M. Hafner pour la raison un peu spécieuse que ce texte s'applique exclusivement aux délais de la loi fédérale précitée.

Quant à l'interruption de la prescription du délai dont il s'agit, elle résultera non seulement de « poursuites », quoique, dans la plupart des cas, le créancier doive suivre cette voie pour faire valoir ses droits contre le débiteur, mais de l'un ou de l'autre des actes énumérés à l'art. 154, al. 2 (à l'exclusion toutefois de ceux du 1er alinéa du même article) ; ceci nous paraît évident au vu du texte allemand, beaucoup plus général, de l'art. 502, qui impose exclusivement au créancier l'obligation de « faire valoir ses droits juridiquement » — *rechtlich geltend machen*. Mais, une fois la prescription interrompue, ce n'est pas le délai de prescription ordinaire qui est substitué à celui de quatre semaines. Les « poursuites » doivent être continuées « sans interruption notable ». Qu'est-ce qu'une « interruption notable » ? Essaierons-nous de préciser le sens de cette expression si vague ? Il faudra s'en rapporter aux circonstances. M. Haberstich envisage comme une interruption notable le fait de n'avoir pas, sous réserve des féries, procédé à de nouveaux actes d'exécution dans les quatre semaines à compter du jour où il aurait pu y être procédé. Cette solution est bien arbitraire, quoique satisfaisante, à notre avis, pour les cas ordinaires. Il est bien entendu, si l'exécution est arrêtée par des procès, que la continuation des poursuites sans interruption notable n'est possible qu'après la solution de ces procès ; si le débiteur a été attaqué autrement, par voie d'action ou d'exception, l'instance doit également suivre son cours « sans interruption notable », sauf les interruptions excusables ou nécessaires[1] qui, même « notables », ne compromettraient pas les droits du créancier envers la caution ; enfin, si la faillite du débiteur a été provoquée dans les quatre semaines, le créancier est en règle avec l'art. 502 lorsqu'il accomplit les actes ou démarches prévus par les art. 159 et s. de la loi fédérale du 11 Avril

[1] *R. O. H. G.* V, 351 ; cfr. *ibid.* IX, 184.

1889. Encore une fois, une « interruption notable » n'entraîne pas toujours la déchéance du créancier; elle n'a cette conséquence que si elle n'est pas justifiée, mais elle doit être motivée par d'autres considérations que celles personnelles au créancier, comme sa maladie, son absence; elle serait cependant justifiée, selon nous, même par une prolongation de délai pour le paiement accordée au débiteur, à la charge, par le créancier, d'établir que cette prolongation était, dans les circonstances données, une mesure utile (il en serait autrement si la caution avait sommé de poursuivre, le créancier serait alors responsable des conséquences de la prolongation, même légitime à l'origine, mais il n'encourrait pas une déchéance absolue).

672. Nous avons omis d'appeler l'attention sur une partie essentielle de l'art. 502. La loi dit : « La caution... est *libérée* si... ». Est-elle libérée de plein droit, lorsque les quatre semaines se sont écoulées sans « poursuites » commencées par le créancier, ou, lorsque, des « poursuites » ayant eu lieu, elles ont été « notablement » interrompues ? Ou bien serait-elle tenue d'avertir au préalable le créancier ? Le texte du Code est formel, la caution est libérée, absolument, sans qu'elle ait à faire aucune démarche, dès l'expiration des quatre semaines ou du délai pendant lequel le créancier devait agir de nouveau pour ne pas laisser place à une interruption notable. De son côté, le créancier chercherait en vain à établir que le défaut de poursuites, ou les interruptions, n'ont pas nui à la caution, ou qu'il n'a commis aucune faute en n'observant pas à la lettre l'art. 502.

673. La caution peut, au surplus, nous l'avons indiqué, *renoncer* expressément ou tacitement au bénéfice légal de l'art. 502, comme les parties peuvent aussi étendre ou restreindre conventionnellement la durée du délai susmentionné ; l'ordre public n'est nullement intéressé à ce que notre article soit strictement appliqué. Mais quel est l'effet d'une renonciation au droit découlant du texte qui nous arrête ? Le créancier ne répond plus alors de la *culpa in exigendo*, de sa négligence à poursuivre le débiteur, que dans la mesure fixée aux art. 508 et 510. La caution pourra toujours se prémunir contre l'incurie ou les tolérances excessives du créancier, en le remboursant, ainsi que l'y autorise l'art. 509 (cfr. aussi art. 511). Peut-elle renoncer même à se prévaloir des art. 508 et 510 ? Certes, sous réserve de l'application par analogie de l'art. 114. Il ne lui est, cela va de soi, pas permis de se retirer, sans le consentement du créancier (voir page 628).

674. 2. *Cautionnement donné pour un temps indéterminé*. Si la durée du cautionnement a été implicitement ou explicitement

fixée, nous avons la disposition de l'art. 502. C'est donc lorsque la caution s'est obligée, sans limiter d'aucune manière le temps de son engagement, qu'il y a lieu de s'en tenir à l'art. 503. Mais nous faisons d'ores et déjà remarquer que notre Code, à l'inverse de ce qui existe dans d'autres législations, ne contient aucune prescription rendant le créancier responsable envers la caution du dommage causé à celle-ci par le retard apporté à la poursuite du paiement de la dette (cfr. cependant art. 508 et 510); c'est à elle qu'il appartient de prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder sa situation, soit en ne s'engageant que pour un temps déterminé, soit en exigeant que le créancier se conforme à l'art. 503, soit en recourant aux moyens que lui fournissent les art. 509 et 511, chif. 2[1].

Nous distinguerons diverses hypothèses :

675. *a. Si le cautionnement a été donné pour un temps indéterminé, la caution peut, à l'échéance*[2] *de la dette principale* — cfr. art. 86 et s., 117 et 511; il s'agit d'une dette à échéance *fixe*, expressément ou tacitement déterminée, et non d'une échéance constituée par un avertissement (art. 503, al. 2) ou par une interpellation (art. 117, al. 1), — *exiger du créancier qu'il commence dans le délai de* QUATRE SEMAINES *les poursuites et les continue sans interruption* (art. 503, al. 1). Cette première partie de l'art. 503 se réfère, comme on le voit, au cautionnement, indéterminé quant à sa durée, d'une dette à échéance fixe et dont l'échéance est arrivée. Dès cette époque, mais avec l'entière liberté de choisir son moment, la caution peut exiger verbalement, par lettre, ou au moyen de toute autre sommation écrite — une lettre chargée ou une signification par voie d'huissier étant préférable, eu égard à la question de preuve, — que le créancier introduise, dans les quatre semaines (cfr. art. 150) à partir du jour où elle lui en aura exprimé sa volonté, des poursuites ou une action contre le débiteur (cfr. art. 154, al. 2); l'avis de la caution contiendra une fixation de délai, la formule l'invitant « à procéder en conformité de l'art. 503 » devant être tenue pour suffisante[3]. Alors que, dans l'espèce de l'art. 502, les poursuites doivent être continuées « sans interruption notable », elles doivent l'être « sans interruption », tout court, dans l'éventualité de l'art. 503. Les mots « sans interruption » ne sont-ils susceptibles que d'une interprétation littérale ? Ou n'est-ce qu'omission du législateur, si la formule de l'art. 503 est moins complète que celle de l'art. 502 ? L'omission doit être considérée comme volontaire, si omission il y a ; partant, les mots « sans interruption » ne peuvent signifier que ceci : les interruptions ne seront pas supérieures au

[1] *A. T. F.* XIV, 311. Voir aussi *J. d. T.* XXXVI, 244.
[2] Le texte allemand parle de : *Fälligkeit*, — époque de *l'exigibilité*.
[3] *A. T. F.* XXI, 179; *Hafner*, ad art. 503, note 4.

laps de temps que comportent la marche régulière des affaires et l'observation des lois d'exécution ou de procédure ; mais ils n'ont pas le sens que les actes de poursuites ou de procédure se succéderont coup sur coup, sans qu'une minute ou un jour soit perdu. Le créancier a-t-il le droit de prolonger l'échéance, de son chef, lorsqu'il a été sommé de poursuivre ? Non. « La caution *peut*[1] être libérée, a décidé en outre le Tribunal fédéral[2], si le créancier, sans l'assentiment de celle-ci, accorde au débiteur d'une dette à échéance déterminée une prolongation de délai qui met le dit créancier dans l'impossibilité de commencer les poursuites dans le délai de 4 semaines prévu à l'art. 503. ». Les interruptions forcées, par suite de féries, suspensions, etc., ont les effets décrits sous nº 672 (cfr. loi féd. sur la pours. pour dettes, art. 63). La maladie du créancier, ou son absence, ne le libère pas de l'obligation de se conformer strictement à la loi.

La caution, qui s'est engagée pour un temps indéterminé, ne peut, d'ailleurs, une fois l'échéance de la dette arrivée, s'affranchir de toute obligation en dénonçant son cautionnement ; elle ne peut que payer elle-même, ou demander que le créancier agisse en conformité de l'art. 503[3]. Mais, comme le porte le 3me alinéa de cet article : *Si le créancier ne donne pas suite à cette sommation, la caution est libérée*[4]. La loi entend par « sommation », l'invitation de poursuivre dans les quatre semaines adressée par la caution au créancier.

676. *b. S'il s'agit d'une dette dont l'échéance peut être déterminée par un avertissement du créancier, la caution a le droit,* UN AN *après*[5] *qu'elle s'est engagée envers le créancier, d'exiger de lui qu'il donne cet avertissement et que, l'échéance arrivée, il commence les poursuites comme il est dit ci-dessus* (art. 503, al. 2), — soit à l'art. 503, al. 1, que nous venons d'expliquer. Il ne faut pas oublier, qu'aux termes de l'art. 500, si la dette principale n'est exigible que moyennant un avertissement, cet avertissement doit aussi être donné à la caution, avant que cette dernière puisse être recherchée. Quant à l'art. 503, al. 2, il s'applique non seulement aux dettes dont l'échéance peut être déterminée par un avertissement, mais encore aux dettes exigibles dont l'échéance est provoquée par la seule interpellation du créancier (cfr. art. 117, al. 1). Si,

[1] « *Peut* » disent les motifs du dit arrêt. Elle *doit* être libérée, à moins qu'elle ne renonce expressément ou tacitement au droit découlant pour elle de l'art. 503.

[2] *A. T. F.* XIV, 313.

[3] *R.j.f.* V, 183.

[4] *A. T. F.* XIV, 312, XV, 330.

[5] *H. E.* VI, 30 (ce droit ne prend pas naissance au jour du cautionnement, mais un an après, ensorte qu'on ne peut le faire valoir qu'*après* l'expiration d'une année).

du reste, l'avertissement ne peut être donné, de par le contrat, qu'au bout d'un certain temps, deux, trois, quatre années, par exemple, la caution n'est en droit de se réclamer de l'art. 503, al. 2, qu'à l'expiration de ce délai. Ainsi : J'ai cautionné une dette remboursable à réquisition moyennant un avertissement de trois mois ; je puis, un an à dater du jour où j'ai cautionné, mais pas auparavant, exiger que le créancier dénonce à trois mois le remboursement de la dette, et, les trois mois expirés, qu'il poursuive dans les quatre semaines sans interruption. Ou bien : J'ai cautionné le 1er Janvier 1898, une dette remboursable le 1er Janvier 1901, moyennant un avertissement de six mois ; je n'ai évidemment pas eu la faculté, un an après le 1er Janvier 1898, de sommer le créancier de dénoncer, sous peine de déchéance envers moi, le remboursement au débiteur, puisque cette dénonciation n'a pu intervenir, avec effet, que dès le 1er Janvier 1901 ; je devrai attendre jusqu'à cette dernière date et, un an après le 1er Janvier 1901, soit le 1er Janvier 1902, je pourrai user du droit que me confère l'art. 503, al. 2. Ou encore, j'ai cautionné une dette sans échéance fixe, dès lors remboursable à réquisition (cfr. art. 86, 117, al. 1) ; je puis, un an après mon engagement, exiger du créancier qu'il agisse dans les quatre semaines contre le débiteur, sans qu'il y ait à prendre en considération un délai pour l'interpellation.

On aura été surpris peut-être de constater que le C. O. ne prescrit point dans quel délai le créancier devra satisfaire à la sommation de la caution de donner l'avertissement de l'art. 503, al. 2. Il doit bien poursuivre dans les *quatre semaines* à compter de l'échéance constituée par l'avertissement. Aurait-il, par analogie, quatre semaines aussi pour dénoncer le remboursement à son débiteur, après y avoir été invité par la caution ? La loi est malheureusement muette sur ce point important, et l'analogie est si peu probable qu'il faut conseiller au créancier sommé par la caution de dénoncer le remboursement aussitôt que les circonstances le lui permettront. Les juges auraient ainsi le pouvoir discrétionnaire d'apprécier si, oui ou non, la dénonciation a été faite en temps utile ; le temps qui aurait été perdu s'imputerait d'ailleurs sur les quatre semaines de l'art. 503, qui seraient abrégées d'autant. Soit une sommation adressée le 1er Janvier 1905, à laquelle le créancier eût pu satisfaire le lendemain ; il a attendu jusqu'au 1er Mars suivant, laissant passer un délai de plus de quatre semaines, — la caution est déchargée. S'il avait tardé de deux semaines seulement, il n'aurait plus eu, l'échéance arrivée, que deux semaines (au lieu de quatre) pour commencer les poursuites contre le débiteur principal.

Disons, pour terminer, que l'art. 503, al. 3, fait déchoir le créancier de *tous* ses droits contre la caution, s'il néglige de se conformer aux ordres de celle-ci dans les limites du 2me alinéa du même arti-

cle. Et maintenant, passons aux hypothèses que la loi n'a pas prévues, mais qui se rattachent plutôt à l'art. 503 qu'à l'art. 502.

677. *c. Cautionnement d'officiers publics*[1]. L'échéance de la dette — garantie par cautionnement — que les officiers publics peuvent contracter envers l'administration qui les emploie, est purement *éventuelle*. Ils s'obligeront, en commettant des actes qui emporteront une responsabilité plus ou moins étendue. Avant que le fonctionnaire ait commis de pareils actes, délits ou simples négligences, avant qu'il soit devenu débiteur, sa caution ne peut évidemment invoquer les art. 502 ou 503. Elle ne sera pas non plus en droit de dénoncer, dans tous les cas, son cautionnement *ad libitum*. Que décider alors, en l'absence de tout texte légal ?

Si le cautionnement est fourni pour une *période de nomination* — deux ans, trois ans, quatre ans, — il est bien entendu, ainsi que l'a reconnu le Tribunal fédéral[2], que la réélection, à l'expiration d'une période, ne saurait, à moins de volonté contraire des parties et notamment de la caution, prolonger les relations juridiques antérieurement créées pour un temps limité, et que le cautionnement donné pour l'engagement primitif du fonctionnaire ne peut être appliqué sans autre aux renouvellements successifs de cet engagement. Il est vrai qu'en général les actes de cautionnement ne limitent pas la garantie, *expressis verbis*, à la première période des fonctions, mais ils ne disent pas davantage que le cautionnement s'appliquera aussi aux périodes subséquentes, cela même quand ils mentionneraient l'article de la loi prévoyant la possibilité d'une réélection. Le cautionnement souscrit pour une période de nomination prendra donc fin *ipso jure* à l'expiration de cette période, même en cas de réélection, ceci toutefois sauf convention contraire. Mais il garantira incontestablement, jusqu'à concurrence du montant cautionné, toutes les condamnations civiles prononcées contre le fonctionnaire ou toutes les indemnités consenties par lui (cfr. cependant art. 505, al. 1) à raison de faits qui se seront produits antérieurement à l'expiration de la période pour laquelle la caution s'est obligée[3]. Il peut se présenter toutes espèces de cas. Ainsi, aucune action en responsabilité n'a été intentée contre l'officier public pendant le laps de temps pour lequel le cautionnement a été donné. Il n'en est pas moins possible que, plus tard, on découvre des délits ou des fautes remontant avant la fin du cautionnement. La caution est-elle tenue de ce chef, jusqu'à ce que l'action en responsabilité soit prescrite ? Assurément, et même elle n'est pas fondée à exiger de l'autorité sous le contrôle de laquelle l'officier public est

[1] *Ed. Chapuisat :* Le cautionnement des fonct. publics, Brougg, in-8°, 1903.
[2] *A. T. F.* XVI, 432 et s.
[3] Mais pendant cette période, évidemment (*A. T. F.* XV, 529, XXIII, 361).

placé que celle-ci introduise instance contre le fonctionnaire coupable avant les dernières semaines ou peut-être les derniers jours du délai de prescription; nous ne croyons pas qu'elle soit en droit d'invoquer l'analogie de l'art. 503, al. 1, car ce n'est pas l'action en responsabilité comme telle qu'elle garantit, mais la créance qui pourra en résulter; en revanche, une fois l'instance engagée, elle devra sans doute être continuée sans interruption. Si cette action, commencée en temps utile, aboutit à une condamnation de payer des dommages et intérêts ou à une indemnité consentie[1] par le fonctionnaire, la caution pourra, puisque la dette garantie sera désormais exigible, demander que le créancier poursuive dans les quatre semaines, sans interruption, sous peine de déchéance (cfr. art. 503, al. 1). Si l'action en responsabilité est prescrite, le cautionnement le sera par le fait même (cfr. art. 501). Si les causes de cette action se révèlent pendant la période de nomination, la caution pourra de nouveau invoquer l'analogie de l'art. 503, al. 1, dès que l'obligation principale sera devenue effective par suite d'une condamnation encourue ou d'une indemnité consentie. En réalité, les cautionnements d'officiers publics, bien que fournis pour un temps déterminé, sont plutôt déterminés quant à leur *étendue* que quant à leur durée, en ce sens qu'ils garantissent les conséquences de tous les actes illicites du fonctionnaire, accomplis pendant une période de nomination, et ne finissent nullement, pour le passé, à l'expiration de celle-ci. Ces cautionnements souscrits, si l'on veut, pour un temps déterminé, se transforment en cautionnements à durée indéterminée qui se prolongera, pour les faits de la période de nomination, jusqu'à la prescription de l'action en responsabilité, ou, la responsabilité étant consacrée et convertie en chiffres, jusqu'à l'expiration des quatre semaines dans lesquelles l'administration créancière devra, sur avis de la caution, faire valoir ses droits contre son débiteur dont la dette est désormais exigible. Faisons remarquer que si les actes délictueux ou quasi-délictueux sont découverts avant la fin de la période, la caution n'a d'abord aucun intérêt à provoquer une solution, la prescription pouvant s'opérer dans l'intervalle; elle ne peut, d'un autre côté, à la fin de la dite période, et en supposant que le fonctionnaire n'ait pas été inquiété, sommer de poursuivre dans les quatre semaines par analogie de l'art. 503, précisément parce que son cautionnement n'est déterminé que quant à son étendue et qu'il n'y a pas de créance exigible (voir plus haut)[2].

[1] La caution pourra critiquer le montant de cette indemnité, dont le créancier devra au reste établir le bien fondé.

[2] Le défaut de contrôle de la part des autorités de surveillance — ou de la part du maitre, s'il s'agissait d'un employé, d'un commis, etc. — exonère la caution, s'il y a eu dol ou faute grave (*A. T. F.* XIX, 463, XXIII, 355): voir, en outre, n° 684 et cfr. *J. d. T.* XLIV, 465 (arrêt du T. F., du 9 Mai 1896), ainsi que *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXVIII, 521.

Si le cautionnement est fourni *sans durée déterminée*, la caution a la faculté de se retirer quand il lui plaira moyennant le signifier verbalement ou par écrit au créancier; elle sera déliée envers ce dernier, dès que la signification lui sera parvenue, à raison de tous les actes illicites postérieurs du fonctionnaire cautionné. Dira-t-on que rien n'autorise une semblable dénonciation ? Rien ne la défend non plus; et puis, s'engager pour un temps indéterminé dans notre espèce, c'est moins ne pas limiter la durée que l'étendue du cautionnement, et c'est se réserver le droit de le restreindre ou même de le supprimer à chaque instant pour l'avenir. Il appartient au créancier de lier la caution de manière qu'elle ne puisse lui échapper trop facilement. Il n'est pas douteux, au surplus, que le cautionnement souscrit, expressément ou tacitement, pour une période de nomination, ne rentre pas dans le cas examiné en dernier lieu. Quant aux faits pouvant entraîner la responsabilité du fonctionnaire cautionné et qui se seraient produits avant que la caution eût notifié son retrait au créancier, nous renvoyons à ce que nous avons exposé à propos de la précédente hypothèse.

Nous rendons encore attentif à la circonstance que la caution d'un officier public a le droit de provoquer la destitution de celui-ci le cas échéant, ou d'exiger des sûretés en vertu de l'art. 511. Nous rappelons enfin l'art. 64.

678. *d. Cautionnement d'autres employés.* Des corporations publiques ou privées, des établissements industriels, commerciaux ou autres, peuvent exiger un cautionnement de certains de leurs employés, de leurs caissiers par exemple. Nous nous bornons à renvoyer aux explications développées sous nº 677.

679. *e. Cautionnement de crédits ouverts*[1]. Nous avons de nouveau ici, soit pour le tout soit en partie, des cautionnements de dettes futures, du moins quand ils sont donnés avant que les crédits ouverts soient épuisés. Lorsque le cautionnement est à temps déterminé, la caution est libérée si le créancier ne procède pas contre le débiteur selon l'art. 502 à l'égard des fonds avancés jusqu'à l'expiration du temps dont il s'agit; si le cautionnement est de durée indéterminée, la caution sera sans doute autorisée à se prévaloir de l'art. 503 pour la partie du crédit avancé au débiteur et à dénoncer son cautionnement pour l'avenir, en ce sens qu'elle ne demeurerait responsable que des sommes fournies jusqu'au moment où son retrait est parvenu au créancier.

680. *f. Cautionnement d'un bail.* Il faudra rechercher tout d'abord si la caution s'est engagée pour un temps fixe ou indéter-

[1] *A. T. F.* XXVI², 412 et s. (le créancier d'un crédit n'est pas tenu de prévenir la caution, lorsque le crédit est dépassé).

miné. Elle s'obligera, en général, pour la garantie d'un ou de plusieurs loyers, ou de tout le bail ; suivant que son cautionnement lui-même sera, ou ne sera pas déterminé quant à sa durée, on appliquera l'art. 502 ou l'art. 503, al. 1, mais le fait de garantir un loyer échu à telle ou telle date n'implique pas un cautionnement déterminé quoique la dette soit à échéance fixe (voir nº 671). Si elle se trouve dans les conditions prévues à l'art. 503, al. 1, la caution ne pourra naturellement sommer de poursuivre qu'en ce qui a trait aux loyers échus, et elle devra attendre l'échéance des autres pour être en droit de sommer le créancier d'agir dans les quatre semaines. Ajoutons, qu'à moins de convention contraire, le cautionnement d'un bail ne s'étend pas au contrat renouvelé par tacite reconduction, quand bien même la caution n'aurait pas déterminé son engagement quant à la durée [1].

681. Nous avons dit que la caution pouvait valablement *renoncer* à la cause d'extinction de son engagement tirée de l'art. 502. Il n'existe pas de motif pour n'en point décider de même au sujet des cas de l'art. 503 (voir nº 673). Ces renonciations sont devenues un peu partout des clauses de style dans les actes de cautionnement.

682. III. *Pour cause de diminution des garanties de la dette par la faute du créancier.* Le créancier est frappé d'une déchéance lorsque, par sa faute, il laisse périr ou s'amoindrir des sûretés qui, s'il les avait conservées intactes, eussent atténué sinon supprimé la responsabilité de la caution ; ce principe, qui est celui de l'art. 508, est applicable par analogie à la *co-caution* qui est garante envers ses co-fidéjusseurs de ce qu'elle diminuerait, au détriment de ces derniers, des sûretés obtenues du débiteur depuis le cautionnement [2]. Si je me constitue caution d'une dette déjà assurée par une hypothèque, ou par un gage, ou par un droit de rétention, et que le créancier perde par son fait, renonciation ou négligence, l'une ou l'autre de ces sûretés qui eût été suffisante pour garantir le remboursement de la créance, je serai libéré parce qu'il aura rendu illusoire le bénéfice de la subrogation dont nous parlerons au chapitre suivant (art. 504 et s.). C'est là l'ancienne *exceptio cedendarum actionum*, qui est devenue une véritable exception de subrogation depuis que la caution qui a payé est subrogée de plein droit aux actions du créancier contre le débiteur. Cette exception n'emporte cependant pas décharge totale de la caution dans tous les cas; celle-ci n'est déchargée que dans la mesure du dommage que lui cause le fait du créancier.

[1] *J. d. T.* XXXV, 523.
[2] *R. j. f.* IX, 101 ; voir cependant nº 649.

683. On admettait assez généralement, en droit français, que le créancier pouvait, sans encourir de déchéance, abandonner des garanties acquises du débiteur *depuis* le cautionnement. Le C. O. ne distingue plus, comme on s'en convaincra, entre les garanties obtenues avant ou après ; voici d'ailleurs le texte de l'art. 508 : *Le créancier ne peut, sans engager sa responsabilité à l'égard de la caution, ni diminuer au préjudice de celle-ci les sûretés qui garantissaient la dette au moment où le cautionnement a été fourni, ou qu'il a obtenues postérieurement du débiteur principal* (il ne peut donc diminuer les sûretés existant lors du cautionnement, qu'elles proviennent du débiteur ou d'un *tiers*, ni celles constituées postérieurement par le débiteur principal, mais bien celles que des tiers, même une co-caution[1], lui ont données après coup puisqu'ils sont intervenus dans son intérêt exclusif, non dans celui de la caution), *ni se dessaisir des moyens de preuve qui sont à sa disposition* (cfr. art. 507). L'art. 508 s'entend non seulement des sûretés établies conventionnellement, mais aussi de celles acquises au cours et par suite de l'exécution forcée, de la saisie par exemple[2] ; il concerne en outre les sûretés personnelles comme les sûretés réelles, ensorte qu'il y a diminution des sûretés si un créancier libère une caution sans l'assentiment des autres[3]. Mais il n'est plus applicable, lorsque les sûretés ont été diminuées du consentement de la caution ou sans le fait du créancier, ainsi dans l'espèce où le preneur enlèverait ou détruirait ses meubles au mépris d'une saisie pratiquée contre lui[4] ; il le serait, en revanche, si le créancier, le bailleur, laissait amoindrir ou anéantir son droit de rétention sans recourir aux moyens légaux pour le conserver[5], mais il n'y aurait pas de diminution des sûretés, par suite de la réalisation d'un gage sans avis préalable donné à la caution[6].

Que signifient maintenant les mots : « sans engager sa responsabilité » ? M. Jacottet prétend qu'ils ont un double sens. « Si, dit-il, les sûretés garantissaient la dette au moment où le cautionnement a été fourni, la caution ne peut plus être contrainte de payer, puisqu'elle ne peut plus être subrogée aux droits du créancier. Il en sera autrement si les sûretés ont été obtenues postérieurement du débiteur principal... Dans ce cas, la caution aura une simple action en

[1] *A. T. F.* XV, 437

[2] Même arrêt ; cfr. *ibid.* XV, 328.

[3] *R. j. f.* IV, 195.

[4] *R. j. f.* V, 183.

[5] *R. j. f.* III, 43, IV, 79, 194 ; cfr. *A. T. F.* XXVI[1], 346 et s. (mais le bailleur n'est pas responsable envers la caution, s'il laisse s'accumuler un nombre de termes plus grand que ceux garantis par son droit de rétention, — qu'il n'a d'ailleurs pas laissé périmer).

[6] *A. T. F.* XXVII[2], 59.

dommages et intérêts ». Cette distinction est arbitraire. La seule différence établie par la loi entre les sûretés existant lors du cautionnement et celles fournies après, c'est que l'art. 494 est inapplicable à l'égard de celles-ci. Mais qu'elles aient été obtenues à l'une ou à l'autre époque, et pourvu que celles constituées après le cautionnement émanent du débiteur principal, le Code formule la même règle : le créancier ne peut les diminuer ou les convertir en d'autres moins efficaces sans engager sa responsabilité, c'est-à-dire sans avoir à tenir compte à la caution de tout ce dont il augmente l'étendue de son engagement à raison de cette diminution. J'ai cautionné une dette de 1000 fr. déjà garantie par une hypothèque de 500 fr. à laquelle le créancier renonce : je ne puis plus être recherché que pour 500 fr. au maximum. La responsabilité qui frappe le créancier agissant au mépris de l'art. 508 a tous les caractères d'une déchéance totale ou partielle, suivant que la diminution des sûretés — ou le dessaisissement des moyens de preuve — entraîne une perte totale ou partielle du bénéfice de subrogation. « La caution est déchargée » jusqu'à due concurrence, comme l'exprimait l'art. 2037 C. civ. fr., et elle pourra exciper de ce chef. C'est à cette solution que paraît devoir se ranger la jurisprudence, plutôt qu'à celle d'une action en dommages et intérêts créée au profit de la caution.

684. Notre loi ne renferme pas de dispositions expresses à teneur desquelles une administration ou un patron répondraient envers les cautions d'une *surveillance* insuffisante exercée sur l'*employé* dont la gestion a été garantie par un cautionnement. Mais, en l'absence même d'une clause astreignant le créancier à une surveillance, la nature particulière des rapports juridiques dont il s'agit et les principes de la bonne foi doivent faire admettre, qu'en matière de cautionnement destiné à garantir la gestion d'un employé ou fonctionnaire, le patron répondra au moins de sa faute grave. « La caution, a reconnu le Tribunal fédéral[1], qui s'engage en faveur d'un employé soumis à une surveillance et un contrôle réguliers suppose et est en droit de supposer que ce contrôle sera effectivement exercé, au moins dans ce qu'il a d'essentiel... En manquant gravement à ce devoir de surveillance, l'Etat méconnaît l'esprit et le but de la convention ; il agit contrairement à ce que la bonne foi, qui doit présider à l'exécution des contrats, doit faire considérer comme tacitement convenu ».

684 *bis*. La création d'un nouvel acte de cautionnement n'implique pas, en soi, l'extinction du cautionnement primitif, ni la

[1] A. *T. F.* XV, 531 : *Zeitsch. des bern. J. V.* XXII, 71 ; *H. E.* VIII, 117 (en ce qui concerne le devoir de surveillance d'un patron envers son voyageur autorisé à toucher des fonds). Voir également n° 677, dernière note.

substitution de co-cautions nouvelles aux anciennes; mais si la substitution était préjudiciable à ces dernières, l'art. 508 pourrait devenir applicable[1]; ce serait là le cas, notamment, lorsque des co-cautions solvables n'auraient pas été ou auraient été mal remplacées.

685. IV. *Par suite du défaut d'intervention dans la faillite du débiteur principal.* Ce cas est assez semblable à celui de l'art. 508. « Nous entendons, disait la Commission du Conseil national, obliger le créancier à intervenir pour sa créance dans la faillite du débiteur principal, d'autant plus que comme c'est lui qui a les moyens de preuve, c'est lui aussi qui est le mieux en état de le faire ». C'est ce que la Commission du Conseil des Etats avait commencé par faire remarquer, en attirant l'attention sur les conséquences désastreuses qu'aurait souvent pour la caution l'incertitude dans laquelle celle-ci se trouverait au sujet du parti pris par le créancier. Ou bien, le créancier et la caution demanderaient à être inscrits au passif de la masse en faillite du débiteur, ce qui n'offrirait pas de grands inconvénients à la vérité; ou bien, et ce serait le cas le plus fréquent, le créancier ne requerrait point l'admission de sa créance, décidé qu'il est de s'en tenir à la caution solvable, et cette dernière, ignorant la déconfiture du débiteur ou persuadée que le créancier interviendra, ne veillerait pas à ce que ses droits fussent sauvegardés par une inscription. Telle est l'origine de l'art. 510, dont l'application aura lieu même à l'égard des cautionnements nés avant l'entrée en vigueur de notre Code[2], ou souscrits dans un pays qui n'en consacre pas le principe, mais qui ne vise pas, sans doute, le cas de la faillite d'une co-caution[3] : *Si le débiteur principal tombe en faillite, le créancier est tenu de produire sa créance dans la faillite, sans préjudice de son droit de poursuivre la caution aux termes des articles 493 et 500* (al. 1). Le créancier a, en conséquence, l'obligation d'intervenir dans la faillite du débiteur principal. Après avoir produit, il a un droit d'option, mais seulement si la dette est échue à l'égard de la caution (cfr. art. 500) : c'est, soit d'attendre la répartition, soit de poursuivre directement la caution en lui abandonnant, dans l'éventualité où elle paierait, ses droits sur la répartition des biens du failli. Il est bien entendu que l'intervention du créancier doit être utile et

[1] *A. T. F.* XX, 617.

[2] *R. j. f.* VI, 80; cfr. *A. T. F.* XV, 144, XIV, 427, XXIX², 150 et s., 227. — L'art. 510 règle d'ailleurs, en abrogeant les prescriptions contraires des lois cantonales de procédure, les obligations du créancier envers la caution, en cas de faillite du débiteur principal (*A. T. F.* XIII, 202).

[3] *R. j. f.* XXII, 130 (arrêt du T. F., du 29 Avril 1904); cfr. *Hafner*, ad art. 510, note 1, qui se prononce directement contre l'applicabilité de ce texte dans cette espèce.

conforme au titre de créance (cfr. art. 231 et s. L. P.); une intervention qui n'est pas cela ne saurait être opposée ou ne saurait l'être que partiellement à la caution, et un simple avis de la faillite à cette dernière ne satisfait pas à l'art. 510[1].

686. Une seconde obligation incombe au créancier : *Il doit aussi* (et dans tous les cas) *porter la faillite à la connaissance de la caution dès qu'il en est informé lui-même* (art. 510, al. 2), — afin que celle-ci ne puisse prétexter que, s'il lui eût été possible d'agir, la faillite se serait liquidée beaucoup plus avantageusement. La loi ne prévoit aucune forme pour cet avis ; mais la preuve qu'il a été donné étant à la charge du créancier, il sera prudent de recourir à une lettre chargée ou à une signification par voie d'huissier; cfr. art. 215 L. P.

687. La sanction de cette double obligation est la suivante — sauf convention contraire des parties — à l'égard du créancier : *Sinon, il perd son recours contre celle-ci* (la caution) *jusqu'à concurrence du préjudice résultant pour elle de cette négligence* (art. 510, al. 3). Il est également responsable, même s'il a observé les deux premiers alinéas de l'art. 510, de tout le dommage occasionné par sa faute, s'il n'a pas abandonné ses droits dans la masse à la caution en l'invitant à surveiller elle-même les opérations ; il répondrait, par exemple, du défaut d'opposition au projet d'ordre qui ne lui attribuerait pas le dividende auquel il a droit, du défaut de contestation d'une créance évidemment mal fondée, etc.

Pour revenir à l'art. 510, al. 3, nous voyons que la caution n'est libérée que « *jusqu'à concurrence* du préjudice causé par la négligence du créancier ». Il y a négligence — *Unterlassung*, « omission », dit le texte allemand, — même dans le cas du 1er alinéa, lorsque le créancier n'aurait pas eu connaissance de la faillite et des délais pour produire (cfr. art. 251 L. P.), sauf à recourir contre qui de droit, et, dans le cas du 2me alinéa, lorsque la caution, non avisée par le créancier, aurait été informée indirectement par une autre voie. Mais la *preuve* du dommage occasionné par l'omission du créancier incombe à la caution[2], comme il est naturel, et cette preuve sera souvent difficile.

688. Quelques questions controversées veulent être rapidement discutées ici.

1° L'*avis* de l'art. 510, al. 2, devra-t-il être également donné aux *certificateurs de caution* et *arrière-cautions ?* La loi ne parle que de la caution, en général. Il est certain que le créancier n'a pas à

[1] *R. j. f.* V, 108.
[2] *R. j. f.* I, 79.

s'occuper de l'arrière-caution, qui n'est obligée à rien envers lui. Et nous pensons, contrairement à M. Haberstich, qu'il n'a pas non plus une obligation de ce genre envers le certificateur de caution, d'abord parce que la loi ne la lui impose pas en propres termes, ensuite parce que le créancier ne saurait être molesté au delà de limites raisonnables. De plus, le C. O. ne prescrit pas un avis de la caution principale à l'arrière-caution [1].

2° Cet *avis* doit-il être adressé à *toutes* les cautions, s'il y en a plusieurs, simples ou solidaires, peu importe ? Oui, sous peine, pour le créancier, d'encourir la déchéance de l'art. 510, al. 3, contre la ou les cautions non prévenues.

3° Appliquera-t-on l'art. 501 ou l'art. 510 dans l'hypothèse où un *concordat* intervient, à l'insu de la caution, ou sans son assentiment, entre le créancier et le failli ? Cette question avait été [2] et devait être résolue, avant le 1er Janvier 1892, dans ce sens que la caution était complètement libérée par un concordat conclu, sans son autorisation et volontairement, par le créancier. Mais l'art. 303 L. P. dispose que le créancier qui adhère au concordat conserve tous ses droits contre les cautions et garants du débiteur, « pourvu qu'il les ait informés, au moins dix jours à l'avance, du jour et du lieu de l'assemblée, en leur offrant de leur céder ses droits contre paiement, » — même si la créance n'est pas échue contre eux ! Et si la caution proteste contre l'adhésion ? Elle a été avisée dix jours à l'avance : cela suffit (cfr. encore art. 303, al. 3, de la loi précitée [3]).

4° Enfin le créancier est-il tenu, si sa créance est échue et si le fait de la *saisie* opérée contre le débiteur lui est connu, ou a dû lui être connu, de procéder en conformité de l'art. 110, al. 1, de la loi prérappelée, et, si la chose lui est possible, de donner l'avis prévu à l'art. 510, al. 2, C. O. ? Son inaction l'exposerait-elle aux conséquences indiquées sous n° 687 ? Nous estimons que non, en nous basant, non pas même sur l'art. 510 qui paraît spécial au cas de faillite, mais sur les principes généraux relatifs à la faute contractuelle.

689. V. *Ensuite du refus du créancier d'accepter le paiement de la part de la caution ou de lui transférer les sûretés dont il jouit*. La caution n'a, lors de l'échéance de la dette, que les droits mentionnés aux art. 502 et 503 ; le créancier, d'un autre côté, ne répond envers elle de la *culpa in exigendo*, que dans la mesure fixée aux art. 508 et 510. Si la caution ne se considère pas comme

[1] *A. T. F.* XXI, 618.

[2] *R. j. f.* V, 381.

[3] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXV, 308 (l'art. 303, al. 3, L. P., s'applique aussi entre cautions solidaires) ; *Brüstlein et Rambert*, ad art. 303.

assez protégée par les art. 502 et 503, ou si elle a renoncé au droit de les invoquer, elle ne peut pas, dans la règle (voir cependant nos 673, 681) dénoncer son cautionnement et se retirer[1]; elle ne pourra qu'exercer, sauf encore l'art. 511, la faculté que lui confère l'art. 509 : *Dès que la dette est échue, la caution peut contraindre en tout temps le créancier d'en accepter le paiement ou de renoncer au cautionnement* (al. 1). Le créancier n'a, au reste, pas l'obligation d'aviser la caution que le débiteur n'a pas payé à l'échéance[2]. Il s'agit, dans l'espèce de l'art. 509, non seulement, malgré l'affirmation contraire de MM. Schneider et Fick, de dettes échues par suite de l'arrivée du terme, mais même de celles dont l'échéance est provoquée par la faillite du débiteur; le Code civil zurichois établissait, il est vrai, cette différence, mais notre Code ne l'a précisément pas reproduite. Sans doute, le créancier ne peut invoquer contre la caution l'échéance anticipée de l'art. 208 L. P. (cfr. art. 500); quel motif y aurait-il, en revanche, de ne point permettre à la caution, dont la situation ne saurait être plus onéreuse que celle du débiteur, de payer au lieu et place de celui-ci ? Et quel intérêt le créancier aurait-il à refuser le paiement ?

Aussitôt la dette échue, pour une cause ou pour une autre, la caution peut « en tout temps », c'est-à-dire même avant l'expiration de la durée de son engagement, contraindre le créancier à accepter le paiement. Ce paiement devra être intégral et régulièrement offert (cfr. art. 78 et 106). Mais, et toujours en contradiction avec MM. Schneider et Fick, nous pensons que si une partie seulement de la dette a été cautionnée, la caution peut obliger le créancier à accepter uniquement cette partie et elle n'est pas tenue d'offrir la somme entière. Adopter une autre solution équivaudrait à aggraver l'engagement de la caution qui ne va pas au delà de ce qu'elle a garanti, ou à lui refuser la faveur, assez lourde au surplus, de l'art. 509. Le texte allemand de cet article, en disant qu'elle peut contraindre le créancier « à accepter d'être payé » en termes tous généraux — *dass er Befriedigung annehme*, — vient à l'appui de notre opinion; cette *Befriedigung* ne peut, de la part de la caution, sensément excéder ce qu'elle doit personnellement.

690. *Si le créancier n'accepte pas le paiement ou refuse de lui transférer* (après paiement) *les sûretés dont il jouit* (cfr. art. 507), *la caution est déchargée de plein droit* (art. 509, al. 2). Si le paiement n'est que partiel, dans les circonstances où il peut l'être, la caution n'est évidemment pas autorisée à exiger le transfert des sûretés. Quant au refus lui-même, il pourra être exprès ou tacite, donné verbalement ou par écrit; on devrait envisager comme tel, le

[1] *R. j. f.* V, 182.
[2] *A. T. F.* XIV, 313.

fait que le créancier ne serait ni présent, ni représenté, au lieu de l'exécution et au temps de l'échéance.

Le but de l'art. 509 est de doter la caution du ***bénéfice de subrogation***. Elle pourra désormais exercer son recours contre le débiteur principal, car si elle devait s'en remettre au créancier pour exécuter le débiteur, il est possible que le résultat des poursuites ne serait pas aussi avantageux. Le créancier est aussi tenu de se dessaisir des titres au profit de la caution, sous les conditions déterminées aux art. 102 et 105 (cfr. art. 507) ; il s'exposerait sans cela, non point à une déchéance, puisque la loi ne parle que des « sûretés » à l'art. 509, mais à une action en dommages et intérêts.

CHAPITRE V

Du recours de la caution (simple ou solidaire).

691. Sous ce titre, notre Code avait réuni des dispositions fort disparates ; nous en avons étudié plusieurs dans le cours du précédent chapitre. Il ne nous reste plus à commenter que les art. 504 à 507, traitant plus particulièrement du recours de la caution, et l'art. 511, qui permet à cette dernière d'exiger des sûretés du débiteur principal ; nous commencerons par l'art. 511.

692. I. *Des sûretés que la caution est en droit d'exiger du débiteur principal.* Certains événements peuvent faire craindre à la caution qu'elle ne soit obligée de payer la dette à l'échéance et qu'à ce moment elle n'ait qu'un recours illusoire contre le débiteur. A l'exemple d'autres législations, notre Code autorise la caution à se faire en quelque sorte indemniser par anticipation, mais il ne lui permet pas de recourir à l'art. 511, à la veille de la déconfiture du débiteur, pour se faire avantager au détriment des créanciers de ce dernier. Voici le texte de cet article : *La caution peut exiger des sûretés du débiteur principal* (au moyen d'un gage, d'une hypothèque, par un arrière-cautionnement, un dépôt de fonds, et à condition que la dette ne soit déjà pas garantie suffisamment par des sûretés réelles, la constitution de sûretés pareilles pouvant d'ailleurs être attaquée en vertu des art. 285 et s. L. P.[1]) :

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXIV, 452 ; cfr. *A. T. F.*, XXX, 559 (et les arrêts cités par *Hafner*, ad art. 511 note 2 *in fine*).

1° *Lorsqu'il contrevient aux engagements qu'il a pris envers elle, notamment à l'obligation de la décharger dans un délai donné.* Il ne faut point confondre ce cas avec celui de l'art. 502, où l'on suppose le cautionnement limité envers le créancier. L'art. 511, chif. 1, sera invoqué, lorsque le débiteur n'aura point fourni les sûretés réelles promises pour garantir la dette et diminuer les risques de la caution, lorsqu'il n'aura point procuré à celle-ci une arrière-caution qu'il s'était engagé à lui trouver, etc.

2° *Lorsqu'il est en demeure* (cfr. art. 117 et 503). Ici la caution peut, à la fois obliger le créancier à poursuivre dans le délai de l'art. 503 et réclamer des sûretés du débiteur, comme elle peut procéder selon l'art. 509 en requérant également des sûretés si elle estime y avoir intérêt. La caution est fondée à procéder en conformité de l'art. 511, chif. 2, même si le créancier a accordé une prolongation de délai au débiteur[1].

3° *Lorsque, soit à raison des pertes qu'il a subies dans sa fortune, soit par suite d'une faute par lui commise, la caution court des risques sensiblement plus considérables qu'au moment où elle s'était engagée.* Ainsi le débiteur ne travaille plus, ou administre mal ses biens, ou laisse l'immeuble hypothéqué à la dette se dégrader, ou veut partir pour l'étranger sans se libérer, etc. Dans toutes ces circonstances, la caution aura recours à l'art. 511.

693. Quelle est la *procédure* à suivre pour demander des sûretés? On se conformera à la loi fédérale du 11 Avril 1889 (cfr. art. 38, 67, chif. 3, 69, chif. 3, 178 chif. 2), car notre Code ne la détermine point. Notre Code n'en dit pas davantage en ce qui a trait aux *conséquences du défaut de fournir des sûretés.* On admettra qu'une fois le débiteur poursuivi aux termes de la loi précitée, il devra ou payer la dette, ou s'exécuter, sous menace d'être exproprié ou déclaré en état de faillite.

694. II. *Du recours proprement dit de la caution*[2]. La caution qui paie, acquitte la dette d'autrui. Il est de toute justice qu'elle puisse se faire rembourser par celui dont elle a éteint les obligations. La loi lui accorde un *bénéfice de subrogation* aux droits du créancier, contre le débiteur et les autres garants (cfr. art. 504 et 496). Il importe peu que la caution ait payé au su ou à l'insu, du consentement ou contre le gré du débiteur, comme mandataire ou comme gérant d'affaires, sauf cependant que les droits de la caution

[1] *A. T. F.* XIV, 313 (une faute d'impression fait qu'on parle, dans cet arrêt, d'une prolongation de délai par le débiteur en faveur du créancier).

[2] *Zeitsch. für schw. R.* VII, n. sér. 1 et s. (le travail déjà cité de M. W. Vischer).

peuvent être plus ou moins étendus suivant les cas (cfr. art. 400 et 472 et s., puis art. 505, al. 2, et 506).

La caution qui a payé, dit l'art. 504, *est subrogée* (de plein droit) *aux droits du créancier jusqu'à concurrence de ce qu'elle lui a payé; sans préjudice des actions et exceptions dérivant des relations de droit qui peuvent exister entre la caution et le débiteur principal.* Le paiement de la caution ne s'entend pas nécessairement du montant de la dette versé en numéraire; ce mot doit être pris dans son sens le plus large, et la caution a un recours contre le débiteur, dès qu'elle a satisfait d'une manière quelconque à l'obligation de celui-ci. Mais lorsque la caution, en transigeant avec le créancier, ou par suite d'une libéralité qu'il lui fait, éteint l'obligation principale sans l'avoir payée en entier, elle ne peut réclamer au débiteur que ce qu'elle a payé, à moins que par une *cession* ou donation en due forme le créancier ne lui ait réellement cédé tous ses droits contre le débiteur. Si c'est la masse en faillite de la caution qui paie, elle est, aux termes de l'art. 215, al. 2, L. P. (cfr. 216, 217, *ibid.*), « subrogée dans les droits du créancier contre le débiteur principal et les co-obligés du failli jusqu'à concurrence du dividende payé par elle ».

Il s'opère en faveur de la caution qui a payé une véritable subrogation légale à tous les droits du créancier contre le débiteur, et ce jusqu'à concurrence de ce qu'elle a payé; il en serait de même pour la co-caution qui aurait versé sa part de dette à la co-caution payante[1]. Les projets ajoutaient même, et cette disposition n'a été supprimée que comme superflue : que la caution pouvait exiger du débiteur tout ce qu'elle avait déboursé, à titre de mandataire ou de gérant d'affaires, en vue de l'acquittement de la créance. Elle est, par conséquent, investie des droits du créancier, en ce qui concerne les sûretés réelles, les autres garants, les suites de la faute et de la demeure du débiteur, les clauses pénales, etc. Elle est, à l'égard de ce dernier, dans la position du cessionnaire envers le débiteur cédé (cfr. art. 185). Le moment à partir duquel la créance de la caution qui a payé devient exigible contre le débiteur principal coïncide avec le jour du paiement de la dette cautionnée[2]. Le débiteur n'est toutefois tenu de rembourser la caution que s'il n'a pas d'exceptions personnelles à lui opposer ou d'actions à faire valoir contre elle. Il se peut, par exemple, que la dette ait été en réalité contractée au profit exclusif ou partiel de la caution, ensorte que celle-ci est le vrai débiteur, ou que le débiteur soit en mesure d'invoquer la compensation, ou de combattre le recours en s'appuyant sur les art. 505 et 506.

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.*, XXX, 334.
[2] *R. j. f.* III, 64.

L'art. 507 dispose en outre, afin que le bénéfice de subrogation soit complètement acquis à la caution : *Le créancier doit remettre à la caution qui le désintéresse les titres et actes qui peuvent l'aider à exercer son recours, ainsi que les gages dont il est nanti* (cfr. art. 509). *Si la dette était garantie par une hypothèque, le créancier doit remplir les formalités prescrites par la loi cantonale pour la transmission du droit d'hypothèque.* Le refus non justifié de remettre les titres et actes constitue le créancier en faute (cfr. art. 113) ; celui de délivrer les gages entraînera l'application de l'art. 509, al. 2. Mais la caution qui paie ne peut exiger du créancier que la remise des titres réellement nécessaires ou utiles ; si le créancier déclare avoir anéanti ces titres, il suffit d'une mention de cette déclaration au procès-verbal du juge, qui est un « titre authentique » dans le sens de l'art. 105[1]. Le créancier, d'autre part, est déchu de tout recours contre la caution, lorsqu'il ne peut plus lui céder aucun droit contre le débiteur principal[2] (cfr. art. 508, 510). Voir, au surplus, les art. 102 et 105.

Revenons sur une question déjà touchée précédemment. Si la caution ne s'est engagée que pour une *partie de la dette*, le créancier lui sera préféré pour l'exercice de ses droits non éteints par le fait de la caution ; il en sera de même, si elle n'a acquitté la dette que partiellement. J'ai cautionné, jusqu'à concurrence de 5000 fr., un crédit de 10,000 fr. ouvert au débiteur X. et garanti par une hypothèque, sûreté d'ailleurs indivisible. Je paie les 5000 fr. par moi garantis et X. tombe en faillite, le crédit ayant été épuisé. Le créancier sera colloqué avant moi sur le prix provenant de la réalisation de l'hypothèque.

695. Le bénéfice de subrogation est perdu pour la caution dans les circonstances suivantes :

a. L'art. 505 dispose : *Hormis les cas prévus à l'article 492, alinéa 3* (cfr. art. 419, 808, 811), *la caution a le droit et l'obligation d'opposer au créancier*[3] *toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal*[4] (al. 1). La caution a le *droit* d'invoquer les exceptions inhérentes à la dette (nullité pour cause de dol, de violence, extinction par suite de paiement, compensation, etc.), qu'elles proviennent de son chef ou du chef du débiteur principal. Mais, tandis qu'elle peut renoncer, sans s'exposer à aucune respon-

[1] *R. j. f.* V, 64.

[2] *R. j. f.* V, 109.

[3] *Bucher* l. c. n° 1619 (*la caution qui paie* et qui exerce son recours contre une co-caution doit, d'autre part, subir toutes les exceptions que cette dernière pouvait opposer au créancier). *A. T. F.*, XV, 283 (*exception de jeu*).

[4] *A. T. F.*, XXIII, 1637 et s. (erreur essentielle de la caution et impossibilité d'invoquer une exception du débiteur éteinte par le fait de celui-ci).

sabilité, aux exceptions qui lui sont personnelles, la caution a l'*obligation* de se prévaloir de toutes celles qui appartiendraient au débiteur et qui ne seraient pas strictement personnelles à celui-ci, — ce qui serait le cas de faveurs ou d'avantages concédés au débiteur en considération de sa personne, sans être inhérents à la dette. L'art. 505, al. 2, ajoute dès lors : *La caution qui néglige de les opposer est déchue de son recours, en tant que ces exceptions l'auraient dispensée de payer, si elle ne prouve pas qu'elle les ignorait sans qu'il y eût faute de sa part.* Elle aurait payé à tort, dans cette hypothèse, soit en totalité, soit en partie ; elle est déchue de son recours jusqu'à concurrence de ce qu'elle a payé de trop. Si, par exemple, la caution, qui aurait pu ou dû connaître le fait de la prescription, acquitte une dette prescrite, elle est en faute et elle est frappée de déchéance envers le débiteur ; si elle n'est pas en faute, si elle a pu ou dû ignorer le fait dont il s'agit, elle n'encourt aucune déchéance. Il semblerait que le fardeau de la preuve dût, dans l'éventualité de l'art. 505 *in fine*, être imposé au débiteur plutôt qu'à la caution, celle-ci étant condamnée à prouver un fait négatif. Quoi qu'il en soit, le texte de la loi est formel ; aussi la caution poursuivie avant le débiteur principal, ou intentionnée de payer avant lui, ne se conformera-t-elle qu'aux règles de la plus élémentaire prudence en le sommant, si tant est que son domicile soit connu, de lui communiquer dans un délai convenable ses moyens de défense. Passé le délai qu'elle lui aura assigné pour fournir les renseignements nécessaires, elle pourra payer sans crainte de perdre son droit de recours, puisque son ignorance sera excusable[1].

b. L'art. 506 est ainsi conçu : *La caution perd également son recours si, faute par elle d'informer le débiteur du paiement qu'elle a effectué, celui-ci a payé une seconde fois* (ou, plutôt, a payé de son côté). *Elle peut seulement actionner le créancier en restitution de ce dont il s'est illégitimement enrichi* (cfr. art. 70 et s.). L'avis de l'art. 506 n'est assujetti à aucune forme particulière ; il suffit qu'il puisse être prouvé, en cas de contestation, le fardeau de la preuve étant naturellement à la charge de la caution.

---

[1] *J. d. T.* XXXV, 186 (« si la caution solidaire peut, aux termes de l'art. 505, opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, elle ne saurait être autorisée à invoquer des exceptions que le débiteur principal ne serait plus admis à invoquer lui-même » ; — ceci n'est pas exact à l'égard des exceptions inhérentes à la dette, au bénéfice desquelles le débiteur ne saurait renoncer valablement pour la caution).

TITRE VINGT-ET-UNIÈME

DU JEU ET DU PARI[1]

CHAPITRE PREMIER

Historique et généralités.

696. En droit romain, le jeu était rigoureusement interdit. Un sénatus-consulte, mentionné par Paulus dans la *lex.* 2, § 1, *de aleat.* (Dig. XI, 5), défendit de jouer à l'argent, à quelque jeu que ce fût, sauf aux jeux, tenus en grand honneur, qui avaient pour but les exercices du corps et ceux dans lesquels l'enjeu ne comportait que l'écot. Non seulement le joueur n'avait aucune action civile pour se faire payer son gain, mais ce qui avait été versé à raison d'une dette de jeu pouvait être réclamé pendant 50 ans. Justinien renouvela ces prohibitions, qui passèrent dans le droit commun allemand, avec cette différence que le perdant n'était plus admis à répéter ce qu'il avait payé.

Charlemagne, dans ses capitulaires, interdit également les jeux de hasard, sous peine d'être privé de la communion des fidèles. Par une ordonnance de 1419, Charles VI, roi de France, défendit de jouer aux dés, aux tables ou trictrac, au palet, aux quilles, etc., sous commination d'une amende de 40 sous parisis (492 fr. en va-

[1] *Haberstich*, I, 87 et s.; *Jacottet*, 290 et s.; *Schneider et Fick*, 692 et s.; *Hafner* 317 et s.; *Vogt*, l. c. 269 et s. *Rap. Soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 97 et s.; *Rap. au Cons. d'Etat du canton de Vaud*, p. 28, et *Genève*, p. 28. *J. d. T.* XXXIX, 17 et s., 33 et s.; *Zeitsch. f. schw. R.* XII, n. s., 497 et s. (rapports de MM. Rossel et Temme, réunion de la Soc. des jur. suisses en 1893); *J.-F. Jeanneret :* Le jeu, le pari et les marchés de bourse, in-8°, Neuchâtel, 1892; *Zeitsch. des bern. J. V.* XXX, 347; *A. Schnetzler :* L'exception de jeu, législ. et jurispr., in-8°, Lausanne, 1892.

leur actuelle). Des ordonnances ultérieures ne sont pas moins draconiennes, celle du mois de Janvier 1629, par exemple, qui enjoint de supprimer les maisons de jeu, d'en bannir les propriétaires et de déclarer nulles les dettes de jeu. Si l'ancien droit français était peu clément aux joueurs, le droit révolutionnaire ne le fut pas davantage. Les rédacteurs du Code Napoléon se bornèrent à ne donner aucune action en justice pour les dettes de jeu. Notre loi a suivi le même système, en l'étendant aux marchés à terme fictifs, comme l'ont fait les Codes autrichien et zurichois.

Voir la constitution fédérale de 1874, art. 35, et projet de Code pénal suisse, de 1903, art. 93 et 267.

697. Il eût été préférable, croyons-nous, de ranger sous un titre commun, qu'on aurait intitulé : *Des contrats aléatoires*, les titres XXI et XXII du C. O. On aurait dû y introduire encore des prescriptions spéciales sur le contrat d'assurance (voir art. 896) qui font grandement défaut. Mais revenons à la loi elle-même, ou plutôt aux matières dont nous avons abordé l'examen.

Le *jeu* est une convention par laquelle chacune des parties s'engage, pour le cas où elle perdrait, à payer à la partie gagnante un équivalent du risque couru par celle-ci dans une lutte à chances plus ou moins égales, une somme d'argent ou toute autre chose formant cet équivalent, qu'on appelle l'enjeu. Les jeux sont parfois de pur hasard, tels le jeu à pile ou face, la roulette, les petits chevaux, etc. Assez souvent, l'habileté du joueur entre en ligne de compte, mais le hasard y aura toujours sa place, car il n'y a pas de jeu sans lui. Le jeu est le type du contrat aléatoire, — aléatoire venant d'*alea*, qui signifie : un événement incertain.

Le *pari* est une convention par laquelle, de deux personnes qui sont ou veulent être en désaccord sur un sujet quelconque, chacune d'elles s'oblige, si son opinion est reconnue mal fondée, de payer à l'autre une certaine somme ou toute autre chose.

La *loterie*, elle, est une sorte de jeu de hasard, où se font des mises pour lesquelles on reçoit des billets numérotés, et où les numéros sortant au tirage donnent droit à un lot en argent ou en nature.

Enfin notre Code assimile au jeu certains *marchés à terme*, qui sont des ventes portant sur des marchandises ou valeurs de bourse et dans lesquelles un délai est formellement convenu pour la livraison des marchandises ou valeurs et, partant, pour le paiement du prix. Ils ne sont toutefois assimilés au jeu que lorsqu'ils sont *fictifs*, lorsqu'il est entendu entre les parties, dès le début, que ni la livraison ni le paiement n'auront lieu effectivement, le marché devant se liquider par le paiement de simples différences *(Differenzgeschäfte)*. Quant aux marchés à terme *sérieux*, ils sont

protégés par une action civile; ils sont sérieux, lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, les parties ont réellement l'intention, l'une de vendre et de livrer, l'autre d'acheter et de prendre livraison.

CHAPITRE II

Du jeu et du pari en particulier.

698. Nous ne connaissons pas, en droit fédéral, d'exception semblable à celle de l'art. 1966 al. 1 C. civ. fr. : « Les jeux propres à exercer au fait des armes, des courses à pied et à cheval, des courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature, qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps... » donnent lieu à une action en justice. Notre Code n'accorde d'action en justice à aucune espèce de jeu ou de pari.

Les philosophes et les moralistes ont traité la question du jeu à des points de vue bien divers. Ils sont la plupart arrivés à ce résultat : c'est que le jeu constitue une spéculation qui, ouvrant aux hommes des perspectives séduisantes de gain facile, en dehors de tout travail intellectuel ou physique et sans aucun profit pour la société, engendre la paresse, la démoralisation et conduit souvent à la ruine. Le jeu est un péril social, en d'autres termes, mais comme c'est un moyen de s'enrichir qui, loyalement pratiqué, n'appelle pas les rigueurs de la loi, on s'est contenté de ne pas le sanctionner par une action.

Si l'on est assez d'accord en ce qui concerne le jeu et le pari, on ne s'entend plus dès qu'il s'agit de la valeur juridique, et même morale, des marchés à terme différentiels. Alors que les uns reprochent, avec Proudhon, aux lois restrictives, de « mettre l'embargo sur les transactions », en « tuant la spéculation et le commerce », et de violer la liberté individuelle, d'autres refusent aux spéculateurs et à leurs intermédiaires le droit de réclamer en justice l'exécution d'obligations qu'ils envisagent comme contraires à l'intérêt général. La lutte est entre les deux systèmes de l'individualisme et du socialisme. Nous n'avons pas assez d'espace pour établir la supériorité de l'une des deux théories en présence. Disons du moins que les rédacteurs de notre Code nous paraissent avoir frappé juste, en déniant à la spéculation, sous ses formes les plus saisissables et les plus inquiétantes, tout droit à la protection légale.

699. *Le jeu et le pari,* dit l'art. 512 al. 1, *ne donnent lieu à aucune action en justice.* Ces contrats, que le jeu ou le pari dont ils sont issus soient d'ailleurs tenus ou non pour licites ou illicites, moraux ou immoraux (cfr. toutefois art. 75), n'engendrent pas d'obligation civile; ils ne créent qu'une obligation naturelle, dépourvue de toute sanction, mais susceptible d'être valablement exécutée. Le principe de l'art 512, qui est d'ordre public, est applicable, d'après notre jurisprudence, même aux conventions de jeu ou de pari, ou à celles qui leur sont assimilées, dont l'exécution est demandée en Suisse, quand bien même elles seraient pourvues d'une action civile par la loi étrangère sous l'empire de laquelle elles se sont formées [1]. Et, toujours d'après nos tribunaux, l'autorité judiciaire a le droit, quand bien même l'exception de jeu n'aurait pas été soulevée, de rechercher d'office si tel ou tel contrat n'implique pas une opération destituée de toute action civile aux termes de l'art. 512 et s'il n'y a pas lieu de le destituer de toute protection légale [2]. *Il en est de même,* ajoute l'art. 512 al. 2, *des avances ou prêts faits sciemment* (cfr. cependant art. 513 al. 2) *en vue d'un jeu ou d'un pari, et de ceux des marchés à terme sur des marchandises ou valeurs de bourse qui présentent les caractères du jeu ou du pari.* Il résulte de l'art. 512 que les créances nées du jeu ou du pari, sous l'une ou l'autre des formes que revêtent ces contrats aléatoires, ne peuvent être cautionnées valablement (cfr. art. 492) ou novées [3], ni valablement garanties par une sûreté réelle, ni être opposées par la voie de la compensation contre la volonté du perdant, etc. La question de savoir si telle ou telle opération constitue un jeu ou un pari dépend des circonstances de l'affaire, et notamment de la volonté des deux contractants. Il est assez difficile de reconnaître, dans bien des cas, si les *marchés à terme* ne sont en réalité que des jeux ou des paris. On doit envisager comme des marchés à terme visés par l'art. 512 al. 2, tous ceux qui sont purement différentiels. Cette opinion a pour elle le texte de la loi, et le Tribunal fédéral a eu plus d'une fois à l'exposer [4]. Il a nécessairement admis que tous les marchés à terme n'étaient pas frappés par l'art. 512 al. 2, mais ceux-là seulement « qui cachent un jeu sous l'apparence d'un marché à terme.» Et il dit entre autres : « Tel est le cas, lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, les parties ont clairement

[1] A. *T. F.* XII, 381, XIII, 503. *H. E.* VII, 65; v. cependant n° 15.

[2] A. *T. F.* XVIII, 536; cfr. *Allg. Schweizer Zeitung*, 7 Avril 1892 (arrêt de la Cour d'appel de Bâle-Ville, dans le même sens).

[3] A. *T. F.* XII, 460.

[4] A. *T. F.* XII, 376 et s., 460, XVII, 144, XVIII, 537, XIX, 307, XX, 153, 450, 460, XXII, 150 et s., XXIV[1], 850 et s., XXIX[2], 637 et s., etc. *R. j. f.* IV, 84, 86, IX, 61, etc.

manifesté leur intention en ce sens qu'elles n'entendaient ni acheter, ni vendre, mais au contraire exclure la livraison de la marchandise, et ne voulaient exécuter le contrat que par le paiement des différences résultant des variations des cours en faveur de l'une ou de l'autre des parties ». Ailleurs, il s'est exprimé ainsi : « Pour résoudre la question de savoir si un marché à terme constitue un jeu, il ne faut pas s'en tenir à la forme extérieure qu'il revêt, mais rechercher si, d'après l'intention concordante des parties, manifestée expressément ou tacitement, elles ont entendu exclure le droit ou l'obligation de livrer et de recevoir effectivement les marchandises ou les valeurs achetées ou vendues, de telle manière que le contrat n'a pour objet que la différence de cours ». En revanche : « La simple intention, non exprimée, qui peut avoir existé dans l'esprit de l'un des contractants à l'époque de la conclusion du marché, de liquider l'affaire, non par une livraison et un paiement effectifs, mais par le paiement de simples différences, cette simple intention ne saurait donner à l'opération le caractère d'un marché différentiel proprement dit. » Et encore : le fait que les titres achetés par l'agent de change ont été successivement reportés de liquidation en liquidation, ne suffit pas plus pour caractériser un jeu de Bourse qu'il ne suffit de prouver l'existence d'une vente à découvert pour avoir établi la conclusion d'un marché différentiel [1]. Ajoutons que l'exception de jeu peut être opposée non seulement à celui qui joue pour son propre compte, mais encore au *commissionnaire* qui se charge d'exécuter des ordres de bourse, alors tout au moins qu'il ne nomme pas l'acheteur ou le vendeur pour lequel il agit et qu'il est dès lors censé avoir assumé les obligations qui leur incombent [2]; toute autre solution enlèverait à l'art. 512 sa valeur pratique et en rendrait les effets illusoires. En outre, les mots « avances et prêts », de l'art. 512, alin. 2, s'entendent non seulement de ce qui serait avancé ou prêté par l'un des intéressés ou un tiers (un commissionnaire, par exemple, un mandataire) à l'un des joueurs, mais aussi de l'argent versé provisoirement et par anticipation, sous forme de garantie, de provision, etc., pour une future dette de jeu ou de pari.

700. Une nouvelle sanction de l'art. 512 se trouve renfermée à l'art. 513 [3]: *Le paiement d'une reconnaissance de dette, ou d'une obligation de change souscrite, à titre de couverture, par l'auteur du jeu ou du pari ne peut être poursuivi en justice, lors même que ce dernier se serait dessaisi du dit acte* (al. 1). Ceci

[1] *J. d. T.* LIII, 112 (arrêt du T. F., du 8 Juillet 1904).

[2] *A. T. F.* XVII, 144; cfr. *Zeitsch. f. schw. R.*, XII, n. s., p. 514 et s.

[3] *R. j. f.* IV, n° 64, VI, n° 47 (les art. 513 et 514 s'appliquent aussi aux *marchés différentiels*).

est assez mal traduit, mais enfin l'on comprend que « l'auteur du jeu ou du pari » est le perdant, et que « le dit acte » n'est autre chose que la reconnaissance ou l'obligation de change destinée à constater une dette de jeu. Le principe que les dettes de jeu ne sont pas protégées par une action en justice, même lorsqu'elles paraissent avoir été (ou sont) novées et reposent sur l'un des titres de l'art. 513 al. 1, souffre cependant des exceptions :

1° *Toutefois le présent article ne déroge pas aux règles spéciales en matière de change* (art. 516 al. 2). L'art. 811 nous apprend, en effet, qu'en droit de change, chaque débiteur ne peut opposer que les exceptions spéciales à cette matière ou celles qu'il a directement contre le créancier recourant. Les tiers porteurs d'une obligation de change souscrite par le perdant à l'occasion d'un jeu ou d'un pari, ne peuvent être victimes de l'exception de jeu, exclusivement opposable dans les rapports entre tireur et preneur, — entre les auteurs du jeu ou du pari. Il en est évidemment ainsi, quand les tiers porteurs sont de bonne foi[1], quand la cause de l'engagement n'a pas été spécifiée et ne leur est point connue. Mais s'ils ont connu la cause de l'obligation? La solution reste la même, au vu du texte catégorique des art. 513 al. 2 et 811. Si le paiement d'une dette de jeu est réclamé en vertu d'une *reconnaissance* ou de tout autre titre qui ne sera pas un effet de change, on applique l'art. 513 al. 1; dans le cas néanmoins où la cause de la reconnaissance n'aurait pas été indiquée, le tiers, le cessionnaire, par exemple, auquel les droits du créancier originaire seraient parvenus et qui les aurait acquis de bonne foi, pourrait rechercher le débiteur et se faire payer par celui-ci (cfr. art. 16 al. 2).

2° L'art. 514 prescrit, conformément à l'art. 1967 C. civ. fr. : *On ne peut répéter ce qu'on a payé volontairement que si l'exécution régulière du contrat a été empêchée par un cas fortuit ou par le fait même de l'autre partie, ou si cette dernière s'est rendue coupable de dol.* Ce texte paraît inintelligible, au premier abord. L'article 514 signifie : que le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, que si l'opération formant l'objet du jeu ou du pari a été *empêchée* — *vereitelt*, qui a le sens de : faire échouer — par un cas fortuit, ou par celle des parties ayant reçu le paiement, ou encore par les manœuvres frauduleuses de cette dernière. J'imagine, pour un instant, que je suis un spéculateur; je dépose entre les mains d'un banquier une somme de 10,000 fr. à titre de couverture anticipée des pertes que je pourrai subir sur des différences; je ne puis actionner en restitution que si les opérations n'ont pas eu lieu, ou que si je n'ai rien perdu, ou enfin que si, les opérations ayant eu lieu, l'exécution régulière *(planmässig)* en a échoué par

[1] *R. j. f.* VII, 68.

suite de l'une des circonstances énumérées à l'art. 514. En principe, le paiement erroné est donc valable, même sans doute s'il émanait d'un ayant cause du perdant, d'un héritier, par exemple, qui ne saurait pas que telle reconnaissance souscrite avait sa source dans une opération de jeu. Avons-nous mis assez de clarté dans un texte à l'égard duquel nos trois langues nationales se disputent le prix d'obscurité ? La répétition sera également admissible envers un gagnant qui aurait encaissé l'enjeu en se rendant coupable à cet effet d'un dol, supercherie ou escroquerie. Mais lorsque les joueurs placent leur enjeu sur la table, le perdant est envisagé comme ayant volontairement payé sa dette par anticipation. Il en est de même, lorsque l'enjeu ayant été déposé entre les mains d'un tiers, avant l'issue du jeu ou du pari, le tiers s'est dessaisi en faveur du gagnant, sans opposition de la part du perdant ; celui-ci peut, toutefois, après la fin du jeu, valablement ordonner au tiers qu'il lui restitue l'objet ou la somme déposée à titre d'enjeu.

701. Quand le jeu aura été *illicite* ou *immoral*, toute action en répétition sera exclue aux termes de l'art. 75.

CHAPITRE III

Des loteries et tirages au sort.

702. Les loteries proprement dites sont d'un usage très fréquent en Allemagne, en Italie, en France, tantôt instituées dans un but fiscal, tantôt dans un but de spéculation individuelle, ou même d'utilité publique. Il en est de même dans plusieurs de nos cantons. Mais les loteries ne sont permises à l'ordinaire que sous certaines conditions. L'art. 515[1] porte : *Les loteries et tirages au sort ne donnent lieu à une action en justice qu'à la condition d'avoir été régulièrement autorisées*[2]. — *A défaut d'autorisation, on applique par analogie l'article 514.* Les tirages au sort — *Ausspielgeschäfte* — sont des contrats aléatoires dans lesquels l'une

[1] *A. T. F.* XXIII, 250 (application du droit étranger à des opérations de loterie faites à l'étranger); cfr. *ibid.* X, 567 (voir n° 39 ci-devant).

[2] La preuve de l'existence d'une autorisation doit être faite par le demandeur (*Hafner*, ad art. 515, note 5).

des parties (l'exposant) s'engage envers les personnes qui interviendront au contrat par une mise ou une prise de lots (tombolas, jeux de quilles avec prix, etc.), de délivrer aux gagnants certaines sommes ou certains objets conformément aux conditions du tirage. Pour que les loteries ou tirages au sort soient sanctionnés par une action civile, il faut une *autorisation* préalable de l'autorité compétente (cfr. Const. féd. de 1874, art. 35 *in fine*, lois et ordonnance *bernoises* des 27 Mai 1869 et 25 Juin 1872, C. civ. zurichois, art. 1777 et s., etc.). S'il n'y a pas d'autorisation, il y a lieu d'appliquer, non l'art. 512, mais l'art. 514. Notons encore que l'interdiction des loteries par la législation cantonale est sans effet à l'égard de l'art. 515 ; elle n'entraînerait pas non plus l'application de l'art. 17.

703. L'art. 516 dispose enfin : *Quant aux loteries et tirages au sort autorisés à l'étranger, la loi ne leur accorde en Suisse aucune protection, à moins que l'autorité compétente suisse n'ait permis la vente des billets.* Le Tribunal fédéral a décidé[1] qu'une association formée en vue de faire venir directement des billets de loterie étrangère n'avait rien d'illicite, ni d'immoral (cfr. art. 17), l'acquisition de billets de loterie n'étant envisagée comme contraire aux mœurs ni par le législateur, ni par l'opinion générale ; en conséquence, une action en vue de partager le gain réalisé est parfaitement admissible.

---

[1] *A. T. F.* X, 567. Cfr. *H. E.* XVI, 32 (n'est pas une loterie ou un tirage au sort l'opération consistant à acheter des obligations à lots d'un Etat étranger, puis à vendre les bons de participation aux tirages).

TITRE VINGT-DEUXIÈME

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE

CHAPITRE PREMIER

De la nature, de la forme et des diverses espèces de ce contrat.

704. Les rentes viagères sont, suivant Pothier, celles dont la durée est bornée au temps de la vie d'une ou de plusieurs personnes. Le contrat de rente viagère est celui qui a pour objet la constitution de rentes semblables, celles-ci consistant en prestations périodiques d'argent, ou d'autres choses fongibles, pendant le temps fixé. De sa *nature,* ce contrat est aléatoire, comme offrant des chances de gain ou de perte pour les deux parties, selon que l'événement incertain qui en détermine la durée — la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente est établie — se produira plus tôt ou plus tard que l'époque prévue.

La rente viagère sera généralement constituée sur la tête du crédi-rentier; elle peut l'être également sur la tête d'une autre personne, et c'est alors la vie de celle-ci qui règle la durée du service de la rente. Voici d'ailleurs ce que prescrit notre Code à l'art. 517 : *La rente viagère peut être constituée sur la tête du créancier, du débiteur ou d'un tiers* (al. 1). Peut-elle être constituée sur « plusieurs têtes », comme le permet l'art. 1972 C. civ. fr. ? Sans aucun doute; mais on peut se demander si une rente de cette espèce subsiste pour le tout, aussi longtemps qu'une seule des « plusieurs » personnes est encore en vie, ou si elle s'éteint partiellement à chaque décès. La volonté des contractants et, à défaut de volonté clairement exprimée, le contexte de l'acte et les circonstances de l'affaire seront déterminants (voir n° 707). Ainsi une rente pourra être cons-

tituée sur la tête de deux époux ; s'il a été stipulé, ou s'il doit être admis que la rente est payable en entier au survivant, on dit qu'elle est *réversible* sur sa tête. En tout cas, il est de l'essence même de ce contrat, qu'il y ait une personne au moins sur la tête de laquelle la rente soit établie.

L'art. 517, al. 2, nous apprend que : *A défaut de stipulation précise, elle est présumée constituée sur la tête du créancier,* — dont elle a ordinairement pour but d'assurer la subsistance, sa vie durant. *Sauf stipulation contraire, la rente constituée sur la tête du débiteur ou sur celle d'un tiers passe aux héritiers du créancier* (al. 3). Dans cette dernière hypothèse, en effet, la durée de la rente est limitée non point à la vie du crédi-rentier, mais à celle du débiteur ou du tiers sur la tête duquel elle a été créée ; partant, le droit à la rente survit au créancier et se transmet aux héritiers de celui-ci.

Le *débiteur* sera souvent un établissement s'occupant de ce genre d'affaires, comme la *Schweizerische Rentenanstalt*, ou des compagnies d'assurance. Les mesures de police auxquelles sont soumis ces établissements ne sont point supprimées par le C. O. Voir, en particulier, la loi fédérale du 25 Juin 1885 concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance.

Même là où il existe des lois cantonales répressives des abus en matière d'intérêt conventionnel (cfr. art. 83, al. 2), la rente viagère, qui est un contrat aléatoire, peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties de fixer.

705. Quant à la *forme*, l'art. 518 nous dit, en dérogation au principe de l'art. 9 : *Le contrat de rente viagère n'est valable que s'il a été fait en la forme écrite ; sans préjudice des dispositions de l'article 10.* Les art. 11 et s. seront applicables, le cas échéant, comme aux autres contrats pour lesquels la forme *écrite* est de rigueur. Les clauses essentielles qui devront nécessairement être constatées par l'écriture, sont, entre autres, celles relatives tant à la nature et au taux de la rente, qu'aux contre-prestations et à la désignation des parties. Pour les constitutions de rentes viagères *à titre gratuit*, c'est le droit cantonal qui fait règle ; voir n° 706.

706. Il y a bien des *espèces* de rentes ; le C. O. ne régit que celles établies *à titre onéreux*, et nous ajoutons, en passant, que la *rente suisse des chemins de fer* (cfr. arrêté fédéral du 19 Décembre 1890), assimilable aux titres au porteur, n'est pas régie par les art. 517 et s. Demeurent du domaine du droit cantonal :

1° Les constitutions de rente *à titre gratuit* (cfr. art. 10), qu'elles aient lieu entre vifs ou par dispositions de dernière volonté,

même celles qui, ayant l'apparence de contrats à titre onéreux, seraient en réalité des libéralités déguisées ou indirectes.

2° *Le bail d'entretien viager*[1], le « bail de nourriture » de l'ancien droit, que les premiers projets réglaient par le menu et que l'art. 523 renvoie dans ces termes à la législation des cantons : *Les dispositions concernant le contrat d'entretien viager sont réservées au droit cantonal.* Les Codes civils des cantons romands ne le mentionnent pas ; voir, en revanche, les art. 476 et s. C. civ. zur., 450 et s., C. civ. gris., etc. Ce contrat consiste en ce que l'une des parties s'oblige envers l'autre à lui transférer sa fortune, à lui abandonner certains biens, ou à lui verser une somme fixe, contre l'engagement de lui fournir, sa vie durant, la nourriture, l'entretien, ainsi que des soins en cas de maladie. Il se combine souvent avec une institution d'héritier.

CHAPITRE II

Dispositions spéciales.

707. Le *taux* de la rente viagère est donc libre (voir n° 704 *in fine).* En ce qui a trait au *mode de paiement,* notre loi dispose ce qui suit à l'art. 519 : *Sauf convention contraire, la rente viagère est payable par semestre et d'avance* (al. 1). L'art. 132, chif. 2, porte que les rentes viagères qui auraient le caractère de créances d'aliments ne pourront être éteintes par la compensation contre la volonté du créancier. *Si la personne sur la tête de qui elle est constituée vient à mourir avant l'écoulement de la période pour laquelle la rente est payable d'avance, le débiteur doit le terme tout entier* (al. 2). Si, en revanche, la rente n'est pas payable d'avance, elle n'est acquise au créancier que proportionnellement au nombre de jours vécus, dans la dernière période, par la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée. Est-elle, dans l'hypothèse de l'art. 519, constituée sur la tête de plusieurs personnes, de plusieurs frères et sœurs, par exemple, et que l'une d'elles vienne à décéder, il faut admettre que, toutes conventions expresses ou tacites contraires réservées, la rente se trouve éteinte pour la part du crédi-rentier défunt et le paiement de la dernière période

[1] *Huber,* l. c. III, 748 et s.

s'opère d'ailleurs comme nous venons de l'expliquer. Le contrat peut prévoir que la part du crédi-rentier prédécédé accroîtra au survivant; des associations formées sous ces conditions sont appelées *tontines*, du nom de leur fondateur, le banquier napolitain Lorenzo Tonti, qui s'établit en France vers 1650. Une tontine est une forme de société qui ne présente ni travail, ni produit: les sociétaires s'engagent tout simplement à laisser à leurs co-associés survivants leur intérêt dans l'association, au lieu de l'attribuer à leurs héritiers.

Notre Code est muet sur la question de savoir quelle serait l'influence de la mort du crédi-rentier provoquée par la faute ou le dol du débiteur de la rente, et comment s'établirait le montant de l'indemnité due aux héritiers du créancier. Il ne parle pas non plus du cas où la rente étant constituée sur la tête du débiteur, celui-ci hâterait l'époque de son décès par le suicide ou une condamnation à la peine capitale. Ces éventualités ne se produiront que très rarement: le juge s'en tiendra aux principes généraux du droit (cfr. art. 110 et s.).

Rappelons que les arrérages de rentes, comme toutes autres redevances périodiques, se prescrivent par *cinq ans* à compter de chaque échéance (cfr. art. 147, chif. 1). Le contrat de rente lui-même s'éteint en application de l'art. 146.

708. La rente viagère est *cessible* de sa nature et, par conséquent, *saisissable* (cfr. cependant art. 521 C. O. et art. 92, chif. 7. de la loi féd. sur la pours. pour dettes). Aussi notre art. 520 dit-il: *Le créancier peut céder ses droits, s'il n'y a convention contraire* (cfr. art. 183). Comme on le voit, le Code fédéral n'attribue pas à la rente viagère un caractère éminemment personnel. Mais si l'incessibilité d'une rente peut être librement convenue, il n'en est pas de même de son insaisissabilité. Effectivement, on ne conçoit pas qu'un débiteur puisse soustraire à l'action de ses créanciers une rente viagère qu'il se ferait constituer avec déclaration qu'elle est insaisissable (cfr. art. 521); sinon, rien ne lui serait plus facile que de s'assurer par ce moyen une existence heureuse et tranquille, au désespoir de ses créanciers, en convertissant tous ses biens en une rente viagère. Il en est autrement quand la rente est établie à titre gratuit, puisqu'alors les créanciers de l'ayant droit n'éprouvent aucun dommage; et l'art. 521 dispose: *Celui qui constitue à titre gratuit une rente en faveur d'un tiers a le droit de stipuler, en même temps, que ce tiers ne pourra en être dépouillé au profit de ses créanciers, ni par l'effet de poursuites, ni par voie de saisie, ni en cas de faillite.* Les créanciers ne pourront, dans ce cas, prétendre ni à la rente elle-même, ni aux arrérages échus et non encore payés. Faisons observer ici que, pour que la stipulation d'insaisissabilité soit valable, il est nécessaire qu'elle

ait lieu « en même temps » — *zugleich, ad un tempo* — que la constitution de rente (ceci afin de prévenir la fraude) et par le même acte. Une rente déclarée insaisissable n'est, au reste, pas incessible pour autant[1].

709. Lorsque le débi-rentier ne paie pas régulièrement ses arrérages, l'autre partie peut procéder en conformité des art. 122 et s., notre Code ne renfermant pas de dispositions spéciales à ce sujet. *Si le débiteur tombe en faillite*, prescrit l'art. 522, *le créancier peut faire valoir ses droits en réclamant un capital équivalent à celui qu'exigerait, au moment de l'ouverture de la faillite, la constitution d'une rente égale auprès d'une compagnie d'assurance solidement établie,* — quelle qu'ait été la valeur de la contre-prestation du créancier de la rente. Supposons que la rente ait été de 1000 fr. ; on rechercherait quel capital la *Schweizerische Rentenanstalt*, par exemple, demanderait pour constituer une pareille somme sur la tête du crédi-rentier, ou de la personne sur la tête de laquelle elle est établie. Ce capital est produit dans la masse, comme une autre créance, et a droit à un dividende proportionnel qui servira au paiement des dettes à échoir jusqu'à extinction ; si le dividende n'était pas épuisé, à la mort du crédi-rentier, l'excédant reviendrait à la masse du débiteur failli et il y aurait lieu à une liquidation supplémentaire. Si nous admettons que le capital obtenu, en calculant d'après le système de l'art. 522, fût de 20000 fr. pour une rente viagère de 1000 fr. et que le crédi-rentier eût reçu un dividende de 50 %, soit 10000 fr., — ce dernier montant, augmenté des intérêts, sera destiné au paiement des arrérages à échoir depuis la faillite. Que le créancier vive 15 ou 20 ans encore, il absorbera tout le dividende ; qu'il vive cinq ans seulement, il ne prendra que 5000 fr., et le surplus fera, comme nous l'avons montré, retour à la masse du débiteur. Voir art. 210, al. 2, L. P.

Les *arrérages échus* et non payés sont inscrits séparément au passif de la masse.

---

[1] *H. E.* IX, 159.

TITRE VINGT-TROISIÈME

DE LA SOCIÉTÉ SIMPLE[1]

CHAPITRE PREMIER

Dispositions générales.

710. Le Code fédéral divise les sociétés en :
1° *sociétés simples* (art. 524 à 551) ;
2° *sociétés en nom collectif* (art. 552 à 589) ;
3° *sociétés en commandite* (art. 590 à 611) ;
4° *sociétés anonymes ou par actions* (art. 612 à 675) ;
5° *sociétés en commandite par actions* (art. 676, 677) ;
6° *associations, — Genossenschaften* (art. 678 à 715) ;
7° « autres sociétés », — *Vereine* (art. 716 à 719).

Notre loi n'admet donc ni la *stille Gesellschaft* du droit allemand, que le législateur a consciemment écartée, sans qu'il en soit résulté d'inconvénients sérieux, ni la *société à responsabilité limitée* (voir n° 802 *ter*).

711. Tandis que les communautés ou les indivisions *(communio incidens)* peuvent naître en dehors de toute convention, par suite de succession, notamment, la société des art. 524 et s. est un *contrat* et ne se forme que par une manifestation réciproque et concordante de la volonté des parties (cfr. art. 1). Les art. 524 et s. traitent à la fois des sociétés civiles et commerciales, ou plutôt de

[1] *Haberstich*, II, 343 et s.; *Jacottet*, 298 et s.; *Schneider et Fick*, 706 et s.; *Hafner*, 331 et s.; *J. d. T.* XXX, 49; *Rap. Soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 103 et s.; *Rap. au Cons. d'Etat du canton de Vaud*, 29; *Munzinger*, Motifs, 65 et s.; *G. Cahn:* Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in-8°, Schaffouse, 1899.

toutes les espèces de sociétés, reconnues par la loi. Il semblerait qu'on eût bien fait de condenser, dans une introduction, les généralités du sujet; on a cru pouvoir s'en passer et nous ne possédons, pour toutes dispositions générales, qu'un alinéa unique figurant, par erreur, en tête du titre: « De la société simple ». *La société*, porte l'art. 524, al. 1[1], *est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun.* Il faut donc l'*animus contrahendae societatis*, manifesté expressément ou tacitement, mais il n'est point indispensable que la société soit contractée dans l'intérêt commun des parties; son objet devra nécessairement être licite (cfr. art. 17). Une société établie pour exercer des actes de brigandage, ou pour faire la contrebande, ou pour frauder le trésor public, serait nulle et ne pourrait, juridiquement, engendrer aucun effet; il n'y aurait pas d'action en partage donnée non plus en vue des bénéfices réalisés par une semblable association et l'on appliquerait la règle : *in pari turpitudine melior est causa possidentis* (cfr. art. 75). L'associé qui détient un profit illicite est donc mieux traité que celui qui détient un profit licite !

Nous laisserons de côté les diverses associations qui rentrent dans le droit public : Etat, communes, paroisses, etc.

712. Le législateur n'a pas pris la peine de définir la société simple. *La société*, nous apprend l'art. 524, al. 2[2], *est une société simple, dans le sens du présent titre, lorsqu'elle ne présente pas les caractères spéciaux des sociétés ou associations régies par les titres* XXIV *à* XXVIII, — c'est-à-dire lorsqu'elle n'est ni une société en nom collectif, ni une autre des sociétés visées par les art. 552 à 719. Ce qui la distingue nettement des « autres sociétés » des art. 716 et s., des *Vereine*, c'est qu'elle poursuit avant tout un but pécuniaire et ne comporte nullement une organisation corporative; elle diffère des sociétés en nom collectif, en commandite et autres, *par sa forme* essentiellement et par la nature du lien social; elle peut même se constituer tacitement[3]. Elle offre d'assez grandes analogies avec les « sociétés particulières » du droit français; elle ne se confond cependant point avec elles, en ce qu'elle ne *constitue pas un être juridique distinct* de la personne même des associés, en ce que, chez elle, ce sont les associés[4] qui acquièrent

[1] *A. T. F.* XXX[2], 296 (soc. simple entre deux époux ?).

[2] *A. T. F.* XV, 289 et s.; cfr. *ibid.* XVI, 406 (société, vente ou louage de services ?), XX, 235, XXIV[2], 104, 840, etc.

[3] *A. T. F.* XXV[2], 808 et s., XXVI[2], 336 et s.

[4] Des personnes *physiques* ou *morales* peuvent entrer dans une société simple, des soc. en nom collectif ou en commandite, des soc. anonymes, etc. (*sic*, Hafner, 332).

et s'obligent individuellement, — en ce qu'il n'existe pas de société proprement dite à l'égard des tiers, mais des associés personnellement tenus à raison des actes passés par eux, ou en leur nom par des représentants (cfr. art. 537, 538, 543 et s.). Elle n'obtient la personnalité civile que par l'inscription au registre du commerce ; elle ne peut d'ailleurs, en tant que société simple, être astreinte à se faire inscrire, mais les sociétaires gérants doivent se faire inscrire personnellement, s'ils sont préposés à la conduite d'affaires telles que celles désignées à l'art. 552, et puis, une fois inscrite, elle se transformerait nécessairement en une autre espèce de société (cfr. art. 552, al. 3, par exemple), puisqu'elle aurait désormais la personnalité civile et que son caractère essentiel est précisément de ne point l'avoir. Les *syndicats* et les *consortiums* sont, en principe, des sociétés de l'art. 524, alin. 2 ; la responsabilité de leurs membres se trouve régie par l'art. 544[1].

713. Aucune *forme* spéciale n'est prescrite pour la constitution d'une société simple, ensorte qu'elle peut résulter d'une simple convention verbale, ou même de faits concluants (voir p. 677, note 2). Son *étendue* et sa *durée* sont déterminées par le contrat ; elle peut même être fondée pour un temps illimité, sous réserve de l'art. 546.

CHAPITRE II

Des rapports des associés entre eux.

714. Les dispositions de ce chapitre n'ont qu'une valeur tout à fait subsidiaire. C'est ce que nous enseigne l'art. 525 : *A défaut de stipulations contraires dans le contrat* (voir nº 713) *de société, les rapports des associés entre eux sont déterminés par les articles suivants. — Néanmoins il y a lieu, dans tous les cas, de tenir compte des dispositions des articles 539 et 541*, — concernant la révocation du pouvoir d'administrer conféré à l'un des associés et le droit attribué à chaque associé de se renseigner sur la marche de la société. Sauf les prescriptions des dits art. 539 et 541, et sauf aussi l'observation des règles qui sont de la nature même de la so-

[1] *H. E.* XIII, 62 ; cfr. *A. T. F.* XIX, 277.

ciété simple (réunion de deux ou plusieurs personnes, poursuite d'un but commun, etc. ; cfr. art. 524, al. 1, 526, al. 1, 529, 531, 542), les associés sont absolument libres de régler, comme ils l'entendent, leurs rapports entre eux ; les art. 526 et s. ne sont applicables, encore une fois, que faute de convention des intéressés sur les points qu'ils prévoient.

715. 1. *Obligations des associés.* La première obligation des associés, qui découle déjà de la définition même du contrat de société, consiste à effectuer une mise ou apport, en propriété, en jouissance ou en industrie. C'est aussi ce qu'exprime l'art. 526, al. 1 : *Chaque associé doit faire un apport*[1]. Si l'un ou l'autre des associés ne faisait aucun apport, libéré qu'il serait à cet égard par le contrat, il y aurait, en ce qui le concerne, non point une convention bilatérale constitutive de société, mais une simple donation. L'art. 526, al. 2, ajoute : *Il n'est pas nécessaire que les apports soient de même nature et valeur ; les associés peuvent apporter de l'argent, ou des créances, ou d'autres biens, ou leur industrie.* L'un des associés pourra parfaitement faire, par exemple, une mise de 10,000 fr. en immeubles, l'autre de 5000 fr. en capital, tandis que le troisième ne promettra que son travail. Mais l'un d'entre eux pourrait-il stipuler que son *crédit* sera tenu pour un apport ? Non, assurément, s'il s'agit du crédit politique, dont l'abandon au profit d'une société a un caractère immoral ; oui, s'il s'agit du crédit commercial, que l'on peut assimiler à un « bien », car enfin il pourra constituer un apport d'une très grande valeur. L'art. 527 dispose d'ailleurs : *Sauf convention contraire, les apports doivent être égaux, et de telle nature et importance que l'exige le but de la société.* Faisons observer d'abord que ce texte limite les associés à l'obligation de faire des apports égaux, s'il n'en a pas été convenu autrement, et qu'il n'établit aucune présomption légale de l'égalité des apports en l'absence d'une convention[2] ; le texte allemand ne laisse aucun doute à ce sujet. Si les apports ne sont ni de telle nature, ou de telle importance, que le but social puisse être atteint, il faudra liquider la société, car un associé ne peut être astreint à faire un apport supérieur à celui qu'il a promis. Il est évident, en revanche, que si un associé se refusait à effectuer sa mise contractuelle, il pourrait être actionné de ce chef.

En ce qui concerne les risques et la garantie dont chaque associé est tenu (quant à la réalité de son apport), *on applique par analogie les règles du louage lorsque son apport consiste en la*

[1] *J. d. T.* XLIII, 672, arrêt du T. F., du 22 Juin 1895 (cette obligation est régie par l'art. 526, même si l'apport est d'un *immeuble*, la question du transfert de la propriété dépendant toutefois du droit cantonal).

[2] *R. j. f.* VIII, 77.

jouissance d'une chose, et les règles de la vente, lorsqu'il a mis dans la société la propriété même de la chose (art. 528). Cette matière des *risques* et de la *garantie* veut être examinée de plus près. Considérons les diverses espèces suivantes :

a. Apport en jouissance. Il y a lieu de distinguer, selon que les parties ont entendu conférer à la société un droit réel de jouissance, comme un droit d'usufruit, ou un droit personnel comme dans le cas du bail. Lorsque l'apport sera d'un usufruit sur des immeubles, le droit cantonal fera règle ; notre Code ne s'occupant pas du droit d'usufruit sur les meubles, la jouissance concédée sous ce titre à la société en guise d'apport, s'appréciera, au point de vue de la garantie, comme dans le bail. Et s'il s'agit d'un bail, on s'en tiendra aux art. 276 à 281, pour les baux à loyer, et aux art. 277, 278, 280 (297), 300 et 314 pour les baux à ferme.

b. Apport en propriété. Nous possédons, relativement aux meubles, sur la question des risques, la disposition générale de l'art. 204, et, sur celle de la garantie, les art. 235 et s. et 243 et s. Si un associé a promis un apport immobilier en propriété, il faudra consulter les prescriptions correspondantes du droit cantonal (cfr. art. 231, al. 2). Nous constaterons, au surplus, en étudiant l'art. 544, que les mots « mis dans la société » de l'art. 528 sont impropres, en ce sens que la société ne devient pas, comme personne juridique distincte, acquéreur de la chose « mise dans la société », mais que la propriété de l'apport est transférée aux associés.

c. Apport en industrie ou en *crédit.* L'associé ne doit à la société que le travail ou le crédit commercial qu'il a promis, et il répond de sa faute (cfr. art. 110 et s., 145 et 538).

716. Dans la société simple, l'associé n'a pas l'obligation de sacrifier son intérêt personnel à l'intérêt social ; il n'a cependant pas le droit d'immoler l'intérêt social à son intérêt personnel. L'art. 538 nous dit en conséquence : *Chaque associé doit apporter aux affaires de la société la diligence et les soins qu'il met habituellement à ses propres affaires. — Il est tenu envers ses co-associés des dommages qu'il leur a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie leur aurait procurés dans d'autres affaires,* — puisqu'en effet il n'a, en procurant un bénéfice à la société, rempli que son devoir d'associé. Notre texte, qui ne saurait tout prévoir, signifie-t-il que si l'associé a brillamment conduit une opération qu'il a ensuite laissé péricliter par sa faute, ensorte qu'elle a donné un résultat ordinaire au lieu d'un excellent, il est en droit de dire à ses co-sociétaires : vous avez un résultat ordinaire, cela doit suffire ? Non, certes. M. Jacottet infère avec raison de l'art. 538 que l'associé doit pouvoir, en revanche, compenser ce qu'il doit à la société, soit à ses co-

associés, en vertu des affaires sociales, avec ses créances contre eux, et que sa part indivise aux biens formant l'actif social peut être saisie (voir chapitre suivant). Mais le même auteur a tort lorsqu'il prétend que, dans le cas prévu à l'art. 1848 C. civ. fr., la solution est la même sous l'empire du C. O. que sous l'empire du Code Napoléon. Quand l'un des associés, créancier particulier d'une dette exigible contre un tiers, qui se trouve en même temps débiteur d'une somme pareillement exigible envers la société, a reçu de ce tiers un paiement sans déclaration d'imputation, il n'est point forcé, comme en droit français, de faire proportionnellement l'imputation sur les deux créances ; il peut imputer le paiement tout entier sur sa créance personnelle, s'il en donne acte sur la quittance sans opposition de la part du débiteur (sinon, on recourra aux art. 101 à 103).

On a remarqué sans doute que l'art. 538 implique, envers l'associé, une atténuation de la responsabilité imposée par l'art. 113 au débiteur qui est tenu de « toute faute », même de celle qu'il eût commise dans la gestion de ses propres affaires. Il appartient aux associés de s'adjoindre des coassociés diligents ; s'ils acceptent le premier venu, c'est à leurs risques et périls.

717. *Aucun associé ne peut faire, pour son compte personnel, des affaires qui paralyseraient ou entraveraient l'activité de la société* (art. 536). On peut rapprocher de ce texte les art. 529 et 558. L'associé qui agirait à l'encontre de la disposition ci-dessus serait passible de dommages et intérêts (cfr. art. 110 et s.) et pourrait motiver une demande en dissolution de la société (cfr. art. 547). Il n'est pas défendu à un sociétaire de faire, pour son compte personnel, des affaires analogues à celles de l'association, mais uniquement d'en faire de telles, fussent-elles d'ailleurs semblables ou différentes, que la société aurait à en pâtir.

718. Le contrat de société est fait *intuitu personae*, il repose sur la confiance que les parties s'inspirent l'une l'autre. D'où l'art. 542 : *Aucun associé ne peut introduire un tiers dans la société sans le consentement des autres associés. — Lorsque, de son propre chef, un associé intéresse un tiers à sa part dans la société, ou qu'il lui cède cette part, ce tiers ne devient pas par là l'associé des autres associés. En particulier, il n'acquiert pas le droit garanti à l'article précédent*, — de pouvoir se renseigner sur la marche de l'association en consultant les livres, etc. Mais chaque associé peut céder ses droits dans la société à un tiers, qui les fera valoir en sa qualité de cessionnaire, sans que le consentement des coassociés soit indispensable[1]. Cet art. 542 s'applique également

[1] *A. T. F.* XVIII, 511 (les droits de créance dérivant d'un contrat de société peuvent parfaitement être cédés — art. 183 et s. — et l'art. 542 n'y met point

aux sociétés en nom collectif et en commandite, lorsque le contrat n'en dispose pas autrement, mais non point aux sociétés anonymes (cfr. art. 636, 637), où la situation est toute différente et où la société ne repose plus sur des rapports de confiance personnelle entre ses membres.

Il se forme, dans le cas prévu à l'art. 542, al. 2, entre l'associé et la personne qu'il a intéressée à sa part, une *societas societatis;* le sous-associé est appelé *croupier.* Nous savons que l'associé peut céder ses droits pécuniaires dans l'actif social et que ceux-ci peuvent être saisis, — le cessionnaire, ou l'adjudicataire ensuite d'expropriation restant étrangers à la société dont ils ne peuvent réclamer que la part de l'associé dans les profits, et ne pouvant ni l'administrer ni en demander la liquidation avant qu'elle soit dissoute.

719. 2. *Obligations de la société.* La société, ou mieux l'ensemble des associés puisqu'elle n'a pas la personnalité juridique, est astreinte à certaines obligations envers les associés. L'art. 537 dispose à ce sujet : *Si l'un des associés a fait des dépenses ou contracté des obligations pour les affaires de la société, les autres associés en sont tenus envers lui ; ils doivent également l'indemniser des pertes dérivant directement de sa gestion ou des risques qui en étaient inséparables* (al. 1).

Cette responsabilité des associés est réglée en conformité de ce qui est établi aux art. 526, 527, 530, 531, 549, al. 2; elle n'a, sauf convention contraire, aucun caractère de solidarité *(alias,* art. 401). Si donc l'associé fait des dépenses, frais de voyage et autres, ou s'il prend des engagements, comme acheteur, vendeur, etc., pour le compte de la société, ou encore s'il a subi des pertes occasionnées directement par son travail comme associé, en payant, par exemple, certaines sommes à raison d'une affaire sociale qu'il avait entreprise et qui n'a point réussi, en étant victime d'un cas fortuit qui aurait sa source dans des risques inséparables de sa gestion, — il est, dans tous ces cas, fondé à recourir contre ses coassociés dans le sens de l'art. 537, al. 1. L'associé a droit en outre aux intérêts des sommes qui lui sont dues, jusqu'à remboursement (arg. art. 400, 472). Il se paiera sans doute, en premier lieu, sur la caisse commune, bien qu'il puisse agir sans autre contre ses coassociés suivant la part de responsabilité qui leur incombe en vertu du contrat ou de la loi. Nous lisons au surplus à l'art. 537, al. 2 et 3 : *L'associé qui a fait une avance de fonds à la société peut en réclamer les intérêts* (cfr. art. 83, 400, al. 1), *à compter du jour où il l'a faite. — Mais il n'a droit à aucune indemnité pour les peines*

obstacle; certes, la cession d'une part sociale ne permet pas au cessionnaire de devenir membre de la société, mais lui confère tous les autres droits du cedant); cfr. *ibid.* XVII, 151.

qu'il peut s'être données. Cette dernière prescription n'est pas précisément un stimulant : tandis que l'associé qui fait des avances de fonds ou même un apport en capital — la solution est la même dans les deux espèces — a droit à des intérêts, sauf stipulations contraires, celui qui apporte son industrie ne peut prétendre à aucune rémunération !

720. Chaque associé est autorisé à réclamer sa *part dans les bénéfices* (voir chif. 3 ci-après).

721. L'art. 541 statue, d'un autre côté : *Tout associé, encore qu'il ne soit pas administrateur* (cfr. art. 533, 534, 540), *a le droit de se renseigner personnellement sur la marche des affaires sociales, de prendre connaissance des livres et des pièces concernant la société, et de dresser, d'après ces données et pour son usage particulier, un état sommaire de la situation financière de la société. — Toute convention contraire est nulle.* Les principes de la loyauté nécessaire dans les transactions commandent qu'un associé puisse surveiller la gestion des affaires auxquelles il est directement intéressé ; le droit que lui confère l'art. 541 ne saurait lui être enlevé. Il n'est point fondé, en revanche, à abuser de ce droit et il ne lui est pas permis de l'exercer à un moment où il troublerait sérieusement les administrateurs dans leur travail, quand il pourrait, sans désavantage appréciable, l'exercer ultérieurement ; cette opinion n'a rien d'arbitraire, et nous rappelons que les mots « en tout temps » ont été supprimés dans le texte définitif de l'art. 541. Mais ce droit ne pourrait-il être restreint, lorsqu'un associé en ferait usage au préjudice de la société et en faveur d'une entreprise concurrente ? Non[1], sauf pour les coassociés la faculté de procéder selon les art. 536, 538, 547 (voir en outre art. 110 et s.).

722. 3. *Des parts de chaque associé dans le gain et dans la perte*. Les associés peuvent fixer à leur gré leur participation au gain et à la perte. Le contrat de société ne renfermera souvent aucune clause à ce sujet et il convient que la loi règle alors elle-même la répartition à intervenir, en choisissant à cet effet le système le plus rationnel. Mais il n'existe pas de système recommandable pour tous les cas, les conditions dans lesquelles se fondent les sociétés variant à l'infini. Ici, le capital jouera le plus grand rôle et il sera équitable que le bénéfice soit proportionné à l'apport en argent ; là, le crédit et l'industrie seront les principaux facteurs, et il sera juste de proposer le partage par tête. En droit français (C. civ. art. 1853), la participation aux bénéfices et aux pertes se détermine d'après « la mise dans le fonds de la société » ; le capital est d'autant plus

[1] *R. j. f.* II, 51 (où le contraire est admis).

favorisé que la part de celui qui n'apporte que son industrie « est réglée comme si sa mise était égale à celle de l'associé qui a le moins apporté ». Les lois nouvelles ne respirent pas cette sorte de dédain pour le travail et notre Code, à l'exemple du Code de commerce allemand, a adopté le *partage par tête*, en cas de silence du contrat.

Voici le texte de l'art. 530 : *Les parts des associés dans les bénéfices ou les pertes peuvent être stipulées inégales. — A défaut de stipulations, chaque associé doit avoir une part égale dans les bénéfices et dans les pertes, quelle que soit la nature ou la valeur de son apport. — Si la convention ne vise que la part dans les bénéfices, ou la part dans les pertes, cette détermination est réputée faite tout à la fois pour les bénéfices et les pertes*[1]. Dans les sociétés commerciales, en nom collectif, en commandite, le calcul des bénéfices et des pertes se fait régulièrement, chaque année, tandis que, dans la société simple, on ne procédera guère à une répartition des gains et des pertes qu'après avoir réalisé le but social, soit, au moment de la dissolution de la société (cfr. art. 557 et 594). Cette répartition s'effectuera sur la base du contrat ou, à défaut de contrat, en application de l'art. 536 qui prévoit des parts égales.

En général, la perte sera partagée de la même façon que le gain; mais il n'est pas interdit de convenir du contraire. L'art. 531 prescrit même : *Il peut être valablement stipulé qu'un associé qui apporte son industrie sera dispensé de toute contribution aux pertes, tout en prenant une part dans les bénéfices.* C'est le principe opposé à celui de l'art. 1853, al. 2, C. civ. fr., qui déclare nulle toute clause affranchissant un associé de la contribution aux pertes. Notre Code ne permet cependant une stipulation pareille à celle de l'art. 531, qu'au profit du seul associé qui apporte son industrie, cette industrie devant constituer vraisemblablement tout son apport ou la partie essentielle de son apport; les autres associés, apportant de l'argent ou d'autres biens, ne pourraient invoquer le dit article pour se faire dispenser conventionnellement d'une part dans les pertes[2]. Notre Code ne prohibe pas, au reste, la *société léonine*, dans laquelle l'un des associés prendrait sa part des pertes, sans avoir droit aux bénéfices ; cette espèce de société se rencontre si rarement dans la pratique qu'on a pu ne point l'interdire.

723. Sauf les cas de sociétés léonines et de contrats qui (l'un des associés ayant part aux bénéfices et étant affranchi, par exem-

[1] *A. T. F.* XXIV², 178 *(atio pro socio)*. — Le mode de répartition des bénéfices s'appliquera également pour la *répartition du fonds de réserve* en cas de liquidation (*J. d. T.* LIII, 139 et s., arrêt du T. F., du 24 Déc. 1903).

[2] *A. T. F.* XXIV², 104 et s., XXVI², 241 et s.

ple, de tout apport) impliquent de véritables libéralités, l'art. 529 dispose ce qui suit : *Chaque associé est tenu de partager avec ses coassociés tout ce qui, par sa nature, doit revenir à la société.* Il doit donc tous les bénéfices réalisés par l'exercice d'une industrie dont il a promis l'apport, ou ensuite d'entreprises qu'il a dirigées comme associé, etc., sous réserve de ses droits mentionnés à l'art. 537. Il importe peu, au demeurant, que, dans ces limites, il traite au nom de ses coassociés ou en son propre nom, pourvu qu'il traite pour le compte de la société (cfr. art. 543, al. 1). Voir l'art. 536.

724. 4. *De l'administration de la société.* Il faut se demander, avant tout, si les parties ont, ou n'ont pas pourvu à l'administration de la société en nommant un ou plusieurs associés comme gérants :

a. L'administration a été confiée à un ou plusieurs associés. La désignation d'un ou de plusieurs associés comme gérants peut être faite par le contrat de société ou par un acte postérieur à l'égard duquel aucune forme particulière n'est d'ailleurs prescrite. On nomme les associés administrateurs des *gérants statutaires ;* leur mandat ne peut être révoqué *ad nutum*, comme un mandat ordinaire, mais seulement s'il existe de « justes motifs » de révocation. Sauf cela, et sous réserve des dispositions de la loi (cfr. art. 534) ou des statuts, le gérant est assimilé à un mandataire.

L'art. 540 nous dit : *A moins que le présent titre ou l'acte de société n'en ordonne autrement, les rapports des associés administrateurs avec les autres associés sont régis par les règles du mandat* (cfr. art. 392 et s.). — *Lorsqu'un associé agit pour le compte de la société sans être chargé de l'administration* (cfr. art. 533) *ou qu'un administrateur outrepasse ses pouvoirs, on applique les règles de la gestion d'affaires* (cfr. art. 469 et s., et aussi 534, 535, 543 et 46 et s.). Le Code fédéral ne nous renseigne pas sur les actes qui rentrent dans les pouvoirs des gérants. Il faut envisager comme tels, à défaut de conventions qui en détermineraient autrement l'étendue, tous ceux qui sont nécessaires pour mener l'entreprise sociale à chef, toutes les opérations compatibles avec la nature de la société et le but dans lequel elle s'est constituée. Nous verrons plus loin (art. 543, al. 3) qu'un gérant n'a pas, sans en avoir expressément ou tacitement reçu le mandat, le droit d'obliger envers les tiers la société ou ses coassociés. Il n'est, à cet égard, qu'un mandataire, et il en est de même si plusieurs associés ont été choisis comme administrateurs ; dans ce dernier cas, les divers associés qui ont agi conjointement sont responsables dans les termes de l'art. 401, al. 2.

Nous avons parlé déjà de la révocation des gérants statutaires. L'art. 539 dispose à ce propos, dans ses deux premiers alinéas : *Le pouvoir d'administrer conféré à l'un des associés par le contrat*

de société ne peut être révoqué ni restreint par les autres associés sans de justes motifs (cfr. art. 547). — *S'il y a de justes motifs, la révocation peut être faite par chacun des autres associés nonobstant les dispositions* (contraires; cfr. art. 525, al. 2) *de l'acte de société.* Selon MM. Schneider et Fick et M. Hafner, les mots « par le contrat de société » de l'art. 539, al. 1, signifient que si les pouvoirs n'ont pas été conférés par le contrat de société lui-même, ou par suite d'une modification apportée au contrat originaire, c'est l'art. 402 qui devient applicable en matière de révocation ou de restriction des pouvoirs. Il semble bien, en effet, que telle ait été la volonté du rédacteur de la loi (M. Fick); mais il n'est pas certain que l'intention du législateur ait été la même, et, au surplus, c'est le texte légal qui seul importe. Or le « contrat de société », dans l'espèce soumise aux art. 525 et s., n'est pas nécessairement un tout, constaté verbalement ou par l'écriture, au moment où il est conclu; il est modifié de fait, et il peut l'être sans l'observation d'aucune forme, par tous les changements que les associés introduisent dans leurs rapports, et la nomination d'un gérant, après coup, peut être considérée comme une modification du contrat, par lequel on entend, encore une fois, l'ensemble de toutes les conventions relatives à l'organisation de la société, qu'elles datent d'hier ou d'aujourd'hui. Et puis, pourquoi admettre, par exemple, que des associés désignés en qualité d'administrateurs par un acte postérieur, peut-être écrit, seront dans une position inférieure à celle de gérants désignés par des statuts, peut-être purement verbaux? Mais l'art. 539 ne s'applique pas, lorsque le pouvoir de gérer résulte de la *loi* (cfr. art. 533); c'est alors l'art. 547 qui est déterminant. N'oublions pas que l'art. 539, al. 1 et 2, ne vise que les rapports des *associés entre eux* et, qu'envers les *tiers*, la révocation ou la restriction s'appréciera uniquement d'après l'art. 40. Une fois les pouvoirs révoqués ou restreints, les autres associés ne sont pas tenus, entre eux, de reconnaître les opérations faites et d'assumer les obligations contractées par le gérant dont le mandat a été révoqué ou restreint, ou qui agit au mépris de sa situation nouvelle. L'administrateur a le droit, au surplus, de répudier ses pouvoirs (cfr. art. 402); et chacun des associés, administrateurs ou non, peut en provoquer, pour de justes motifs, la restriction ou la révocation. *On doit notamment considérer comme un juste motif le fait que l'associé administrateur a gravement manqué à ses devoirs ou qu'il est devenu incapable de s'acquitter convenablement de ses fonctions* (art. 539, al. 3). Ses négligences répétées ou très compromettantes, ses infidélités, et, d'autre part, sa maladie prolongée, son interdiction, etc., seraient de ces « justes motifs » (cfr. art. 547). Une action en dommages et intérêts est en outre donnée contre lui, si les « justes motifs » lui sont imputables à faute et s'ils ont été la cause d'un préjudice éprouvé par la société (cfr. art. 538).

b. Aucun administrateur n'a été désigné dans le contrat, ou par une décision ultérieure que nous envisageons comme partie intégrante du contrat. Dans cette hypothèse, chaque associé est réputé avoir reçu mandat de tous les autres à l'effet d'administrer, sous réserve, dans les rapports des associés envers les *tiers*, des art. 543 et 544, sous réserve aussi des art. 532 et 534, dans les rapports des *associés entre eux*. L'art. 533 est ainsi conçu : *Tous les associés ont le droit d'administrer, à moins que le contrat ou une décision de la société ne l'ait conféré exclusivement à un ou à plusieurs d'entre eux ou bien à des tiers*. Ces tiers seront soit des « fondés de procuration générale » ou plutôt des mandataires généraux (voir nº 726), soit d'autres mandataires (cfr. art. 36 et s., 392 et s.). On pourrait croire que, comme dans le projet de Dresde (art. 779), le droit d'administrer appartient « à tous les associés » en commun ; il n'en est toutefois pas ainsi, et sauf l'art. 535, chacun d'entre eux peut administrer séparément.

725. Nous trouvons à l'art. 534 une disposition qui concerne les deux éventualités ci-dessus : *Lorsque le droit d'administrer appartient à tous les associés ou à quelques-uns d'entre eux* (art. 533 et 539), *chacun des administrateurs peut agir sans le concours des autres ; sauf le droit qu'a chaque associé administrateur de s'opposer à l'opération avant qu'elle ne soit consommée.* Ce « droit de s'opposer » est ce qu'on appelle en France le *veto administratif*, dont l'effet ne peut être levé que par une décision prise selon l'art. 532. Il convient de faire remarquer que l'art. 534 *in fine* ne s'applique pas indifféremment à toutes les opérations entreprises par un administrateur, mais seulement à celles qui ne reposent pas sur une décision de la société. Le veto administratif n'a aucune importance à l'égard des tiers ; si un administrateur passait outre, les actes qu'il ferait, dans les limites de ses pouvoirs, n'en seraient pas moins valables, mais il engagerait sa responsabilité envers la société. Le veto suspend l'opération entre associés ; s'il ne se produit qu'après l'opération terminée, il est envisagé comme non avenu.

Deux questions veulent être examinées avec attention :

Si des tiers, avec lesquels un administrateur est en négociations, ont connaissance du veto, ou ont dû le connaître, sont-ils autorisés à conclure, ce nonobstant, et le contrat formé dans ces circonstances lie-t-il la société ? Il paraît évident que le veto administratif n'a pas la portée d'une révocation partielle et temporaire des pouvoirs, que c'est une mesure d'ordre intérieur ; et dès lors, il n'y a pas de raison pour que les tiers aient à en tenir compte, aussi longtemps que l'administrateur avec lequel ils contractent n'outrepasse point son mandat. La révocation seule est opposable aux tiers, sous les conditions déterminées aux art. 539 et 40 et s.

Si la société, ne se composant que de deux membres, tous deux

administrateurs, l'un entend faire une opération à laquelle l'autre s'oppose, celui-là doit-il nécessairement renoncer à agir ? Oui, mais il nous semble incontestable que si, dans une société plus nombreuse, le veto a été porté devant l'assemblée des associés et si la décision est prise de ne point le soutenir (si les décisions peuvent se prendre à la majorité ; cfr. art. 532, al. 2), il devient forcément sans objet. Adopter la solution contraire, c'est permettre à un associé administrateur, même quand le contrat attribue la souveraineté à la majorité des sociétaires, d'entraver selon son bon plaisir la marche de la société.

Nous rappelons encore ici l'art. 541.

726. Les art. 532 et 535 parlent des décisions de la société et de la majorité qui doit être obtenue à cet effet. Des décisions de la société ne sont nécessaires que là où ni le contrat, ni la loi, ne donnent aux gérants la compétence voulue pour agir et là où il y a conflit entre les administrateurs (cfr. entre autres art. 534 *in fine)*. Notre Code pose le principe qu'elles ne peuvent être prises qu'à l'unanimité des membres, sauf disposition contraire des statuts ; il est d'accord avec le droit commun, le droit français et le Code de commerce allemand.

Art. 532 : *Les décisions de la société ne peuvent être prises que du consentement de tous les associés. — Si, aux termes du contrat, c'est la majorité qui prononce*[1], *cette majorité se compte d'après le nombre des personnes,* — c'est-à-dire des associés, indépendamment de la valeur et de la nature de leur apport. Cette disposition s'appliquerait, notamment, à l'acceptation de la *sortie* d'un associé[2]. L'adhésion ultérieure, même implicite, équivaut au consentement requis par l'art. 532[3].

Art. 535 : *Le consentement de tous les associés est nécessaire pour nommer un fondé de procuration générale*[4], *ou pour faire des actes qui ne rentrent pas dans les affaires ordinaires de la société, à moins toutefois qu'il n'y ait péril en la demeure,* — toutes clauses contraires des statuts réservées ; cfr. art. 562.

---

[1] *A. T. F.* XIX, 280.

[2] *A. T. F.* XII, 206.

[3] *A. T. F.* XX, 235 et s. ; cfr. *ibid.* XIX, 280 (un contrat de syndicat ne disposant pas que la prolongation de la société peut être décidée à la majorité, cette prolongation tombe sous le coup de l'art. 532, alin. 1).

[4] C'est d'un *mandataire général* qu'il s'agit — *Generalbevollmächtigter*, et non du fondé de procuration de l'art. 422 ; cfr. *Mentha,* l. c., 68 et s.

CHAPITRE III

Des rapports des associés avec les tiers.

727. Nous savons de quelle manière les associés sont obligés, *entre eux*, de contribuer à l'exécution des engagements sociaux (cfr. art. 530, 531, 537, al. 1). Nous allons voir comment ils en sont tenus *envers les tiers*.

Il n'est pas douteux que les obligations contractées *en leur nom personnel*, par un ou plusieurs associés, ne peuvent lier les autres à l'égard du créancier. Ce dernier n'a d'action que contre celui ou ceux qui auront traité avec lui, et cela quand bien même ils auraient agi pour le compte de la société. Ce principe est formellement reconnu à l'art. 543[1], al. 1 : *L'associé qui traite avec un tiers, pour le compte de la société, mais en son nom personnel, devient seul créancier ou débiteur de ce tiers*. Il en est ainsi, même de l'associé administrateur (voir cependant le cas de l'art. 399 qui demeure réservé d'après l'art. 540).

Qu'en est-il lorsque les associés contractent *au nom de la société?* Il ne faut jamais perdre de vue ceci, c'est que, dans la société simple, il n'existe pas de société à proprement parler, ayant la personnalité, possédant comme telle un avoir social, et distincte de la personne des associés. Si tous les associés s'obligent solidairement ou conjointement, ils sont tous tenus, chacun pour le tout, sauf conventions contraires; les parts de chaque associé dans la société n'entrent pas en ligne de compte (cfr. art. 544 al. 3). Mais si un ou quelques associés seulement se sont engagés au nom de la société, l'art. 543 al. 2 et 3 nous enseigne que : *Lorsqu'un associé traite avec un tiers au nom de la société ou de tous les associés, les autres associés ne deviennent créanciers ou débiteurs de ce tiers que conformément aux règles relatives à la représentation* (art. 36, 39 et s., 46 et s., en opposition avec ce qui est prescrit pour les sociétés en nom collectif, en commandite, par actions et pour les associations aux art. 559, 563 et s., 597 et s., 654, 698 et s.).

[1] *A. T. F.* XII, 349.

— *Un associé n'est pas présumé avoir le droit d'obliger envers les tiers la société et tous ses coassociés, encore qu'il soit chargé d'administrer* (cfr. art. 714 C. civ. all.) — si bien que le tiers doit établir, en cas de contestation, que l'administrateur, lui aussi, possédait des pouvoirs à cet effet. Quand l'associé, qui agit au nom de la société, est investi de pouvoirs suffisants, tous les coassociés sont, sauf convention du contraire qui ne lierait les tiers que s'ils étaient consentants, obligés pour leur part civile et non pour leur part sociale. La suffisance des pouvoirs se détermine en conformité des dispositions auxquelles renvoie l'art. 543 al. 2; mais, encore une fois, il n'est pas besoin qu'ils soient exprès, sauf à prouver, par les tiers, à défaut de pouvoirs exprès, qu'il y a eu, de la part des associés, pour nous servir d'une formule de MM. Schneider et Fick, « tolérance tacite et consciente ». Je suppose qu'un gérant achète du matériel de bureau pour la société et au nom de celle-ci. les autres associés sont engagés par cet achat, indépendamment même d'une autorisation formelle donnée au gérant. Mais l'associé. gérant ou non, qui agit sans mandat exprès ou tacite, au nom même de la société, devient seul créancier et débiteur de la personne avec laquelle il a traité (cfr. cependant art. 540 et 399). La *preuve* de l'existence de pouvoirs incombera toujours aux tiers qui voudront rechercher tous les associés à raison d'actes passés par l'un ou quelques-uns d'entre eux.

728. En opposition au droit français où les associés ne sont tenus que pour leur part civile, mais en harmonie avec le Code de commerce allemand (art. 269), l'art. 544 al. 3 statue : *Les associés sont tenus solidairement*[1] *des engagements qu'ils ont contractés ensemble envers les tiers, soit par eux-mêmes, soit d'après l'article précédent, alinéas 2 et 3, par l'entremise d'un représentant, sauf convention contraire avec les tiers.* Toutes les fois que les associés auront agi ensemble, conjointement, ou qu'un d'entre eux, ayant agi en leur nom, aura possédé les pouvoirs nécessaires dans ce but, les associés deviendront tous débiteurs solidaires des engagements assumés, à moins que la solidarité n'ait été exclue par une clause particulière, du consentement des tiers. Ils ne deviennent, en revanche, créanciers des tiers que pour leur part *sociale* (cfr. art. 530 et 544 al. 2).

729. L'art. 544 al. 1 dispose : *La propriété qui a été acquise au nom de la société ou qui lui a été transférée appartient par indivis à chacun des associés.* Le mode d'acquisition (apport. achat, bénéfices non partagés, etc.) ou de transfert importe peu; les associés sont moins des co-propriétaires que des communistes,

[1] *A. T. F.* XVIII, 370.

et leurs droits de propriété commune (voir art. 646 et s. projet de Code civil suisse de 1904) sont déterminés en considération de leur part sociale, fixée par la loi ou par les statuts. Aussi la question de savoir si un associé peut aliéner sa part indivise se résout-elle d'après l'art. 542; cette part peut bien être vendue, hypothéquée, saisie, et ainsi de suite, mais le tiers qui y a obtenu des droits ne pourra prétendre au rang d'associé (cfr. art. 545 chif. 3), ni la réaliser avant la liquidation de la société elle-même.

Enfin, l'art. 544, al. 2, porte que: *Si des créances ont été acquises au nom de la société ou transférées à cette dernière, chaque associé est créancier du débiteur pour sa part et portion,* — ensorte que tous doivent intervenir pour les faire valoir en entier, s'ils n'ont pas conféré à un gérant ou à un mandataire le droit d'agir seul à cet égard. Les mots « part et portion » s'entendent d'une part de liquidation.

CHAPITRE IV

De la dissolution de la société.

730. I. *Des causes de la dissolution.* Les causes de la dissolution des sociétés simples (cfr. art. 572 et 611) sont énumérées comme suit à l'art. 545, les stipulations contraires des parties pendant la durée de la société, ou même dans les statuts, étant réservées pour les cas spécifiés aux chiffres 2, 3, 5 et 6 du dit article. *La société finit :*

1° *par la consommation de l'affaire en vue de laquelle elle avait été formée, ou par l'impossibilité de la consommer.* Le but que s'étaient proposé les parties est atteint, ou il ne peut l'être, la société se dissout de plein droit puisqu'elle n'a plus de raison d'exister. A., B. et C. se constituent en société simple aux fins d'acheter ensemble et de revendre cent pièces de bétail; une fois cet achat et cette vente opérés, la société prend fin sans autre. Ou bien, les mêmes personnes s'associent pour faire l'acquisition en commun de la maison de X., qui est incendiée le lendemain, la société se dissout d'elle-même parce que son but ne saurait être atteint. Nous répétons ici que le but social peut être quelconque, pourvu qu'il soit *pécuniaire* et ne tombe pas sous le coup de

l'art. 17; et nous ne négligerons pas de constater que les causes de dissolution du chif. 1 ne peuvent avoir d'effet à l'égard des tiers qu'une fois la dissolution rendue publique ou marquée suffisamment *erga omnes;*

2° *par la mort de l'un des associés, à moins qu'il n'ait été convenu antérieurement que la société continuerait avec ses héritiers.* Ceci s'explique aisément, la société étant un contrat de confiance personnelle. L'associé décédé pouvait être la cheville ouvrière de l'association, les héritiers sont des inconnus; il est donc indispensable, il importe tout au moins, pour que la société continue avec les héritiers substitués au défunt, que la chose ait été convenue *antérieurement,* soit dans le contrat, soit, en tout cas, avant le décès. Une convention postérieure impliquerait la formation d'une nouvelle société;

3° *par la faillite*[1] *ou l'interdiction de l'un des associés.* L'associé failli ou interdit n'existe plus pour la société; il a, dans les deux éventualités, perdu l'administration de ses biens et il devrait être remplacé par sa masse ou son tuteur; la société ne peut être tenue d'accepter cette substitution, quoiqu'elle puisse y consentir, mais elle ne le peut valablement que par une clause du contrat ou une décision antérieure à l'un ou à l'autre des faits ci-dessus (arg. art. 545 chif. 2). Il faut vraisemblablement assimiler à l'interdiction *l'incapacité* de l'un des associés, par exemple le mariage de l'une des associées, pour autant que la loi (cantonale) la priverait de sa capacité civile[2], à moins cependant que le contraire n'ait été convenu d'avance. Mais un failli, une femme mariée, un interdit, un mineur même, peuvent parfaitement entrer dans une société simple après la faillite, l'interdiction, le mariage, ou pendant la minorité, à condition que, dans ces trois derniers cas, ils soient autorisés et assistés par leur représentant légal, aussi bien pour entrer dans la société que pour s'engager valablement;

4° *par la volonté unanime de tous les associés,* — ou, si l'on préfère, de leur consentement réciproque. Cette volonté peut être constatée de quelque manière et en quelque forme que ce soit, ceci quand bien même les statuts auraient été rédigés par écrit. L'essentiel est que tous les associés soient d'accord et manifestent leur volonté unanime de dissoudre la société (cfr. art. 532);

5° *par l'expiration du temps pour lequel la société a été contractée, à moins que les associés ne la continuent tacitement* (cfr. art. 891); *dans ce cas, la société est considérée comme ayant désormais une durée illimitée*[3]. Les parties qui assignent une

[1] *A. T. F.* XXIV[2], 571.

[2] *A. T. F.* VIII, 844 et s.

[3] *A. T. F.* XIX, 280 (adhésion tacite à la continuation de la société? négative admise dans l'espèce).

certaine durée à leur société ont, par le fait même, voulu qu'elle ne se prolongeât pas au delà du terme fixé. La société prendra dès lors fin de plein droit à cette époque. Mais les associés peuvent empêcher de deux façons la dissolution de se produire :

a) En augmentant la durée primitive de la société, en la portant, par exemple, de dix à vingt ans ; et cette convention ne sera, pas plus que le contrat de société, soumise à une forme quelconque. Il est évident d'ailleurs que la prolongation doit intervenir *avant* l'expiration du temps pour lequel l'association s'était constituée.

b) Par une sorte de tacite reconduction, en ce sens que la société à terme fixe continuée tacitement, après l'expiration du temps déterminé, se métamorphose en une société à durée illimitée;

731. 6° *par la volonté qu'un des associés exprime de n'être plus en société, si ce droit de renonciation a été réservé par le contrat, ou si la société a été formée, soit pour une durée illimitée, soit pour toute la vie de l'un des associés* (cfr. art. 345, 546, 575). Chacun des associés est donc autorisé à mettre fin à la société en provoquant de son chef la résiliation du contrat. Mais il faut distinguer :

a) Si la société a été fondée pour un *temps limité*, un associé ne peut arbitrairement en demander la dissolution ; il ne lui est possible alors d'obtenir sa sortie de la société et, partant, la dissolution de celle-ci, que lorsque son droit de se retirer de l'association a été formellement réservé dans le contrat, ou dans un acte subséquent mais, cela va sans dire, antérieur au retrait (cfr. l'art. 547).

b) Si elle a été constituée pour un *temps illimité* ou *pour la vie de l'un des associés*, chacun de ces derniers peut en réclamer la dissolution par sa sortie, indépendamment de toute clause, même contraire, des statuts, mais à la charge d'observer l'art. 546 dont voici la teneur : *Lorsqu'une société a été formée pour une durée illimitée, ou pour toute la vie de l'un des associés, chacune des parties peut en provoquer la dissolution, à condition de notifier sa volonté aux autres au moins* SIX MOIS *à l'avance. Il faut, de plus, que la renonciation soit de bonne foi et non faite à contretemps. En particulier, si les comptes se règlent par année, la dissolution de la société ne peut être demandée que pour la fin d'un exercice annuel.* Il va de soi que s'il existait, pour l'un des associés ou pour plusieurs, des motifs légitimes (cfr. art. 547) de se retirer, qu'ils pourraient, dans les deux cas sub *a* et *b*, déclarer leur volonté de ne plus être en société et provoquer la dissolution immédiatement, sans dénonciation préalable. Mais en l'absence de « justes motifs », la dénonciation préalable de six mois est de rigueur et même, si les comptes se règlent par année, la dissolution ne peut être demandée que pour la fin d'un exercice annuel (année

sociale). Si la dénonciation était faite de mauvaise foi (si un associé se retirait pour s'approprier à lui seul tout ou la plus grande partie du bénéfice que les associés s'étaient promis de réaliser en commun), ou à contre-temps (pour entraver d'excellentes négociations en cours), elle ne produirait aucun effet à l'égard des autres associés, ceci en contradiction avec le droit romain qui exposait simplement l'associé de mauvaise foi à des dommages et intérêts. La preuve de la mauvaise foi, ou du contre-temps, incombe naturellement aux autres associés ; et la dénonciation, qui aurait lieu même dans les circonstances susmentionnées, entraînerait la dissolution si les autres associés ne s'y opposaient point dans les délais prévus à l'art. 546. Ajoutons que l'associé qui entend user du droit que lui confère notre article n'a pas besoin de recourir à l'intervention de la justice ;

732. 7° *par suite d'un jugement rendu dans le cas de l'art. 547*, — c'est-à-dire lorsqu'il existe de « justes motifs » de dissolution comme en énumèrent les art. 1871 C. civ. fr. et 125 C. com. allem. que l'on peut consulter, et parmi lesquels il faut comprendre : d'abord, avec l'art. 1871 C. civ. fr., puisque la société est un contrat de confiance réciproque, le fait que l'un des associés manque à ses engagements [1], ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, puis la mauvaise conduite d'un des associés dans l'administration de la société, la discorde entre associés, la témérité ou la timidité excessive dans les opérations sociales, le mauvais état de la société, l'habitude du jeu chez l'un des associés, si elle est invétérée et si elle jette du discrédit sur l'association, le fait d'un associé de tromper l'autre par des déclarations mensongères, ou même d'abuser de sa supériorité au détriment de l'autre dans des conditions telles que la confiance réciproque en est ébranlée [2], etc., en un mot, tout événement qui, au cours de la société, vient, comme le dit M. Paul Pont, « en entraver la marche ou en paralyser l'action », ou qui, comme l'expose le Tribunal fédéral, ne permettrait plus ou ne permettrait que beaucoup plus difficilement d'atteindre le but social qu'on s'était proposé lors de la constitution de la société. Mais voici le texte même de l'art. 547 : *Toutefois, s'il y a de justes motifs, la dissolution peut être demandée avant le terme fixé ou, dans les cas prévus à l'article précédent* (société à durée illimitée ou pour la vie de l'un des associés), *sans dénonciation préalable*. Dans cette hypothèse, la dissolution n'est pas entraînée de plein droit ; elle doit être, ou consentie amiable-

[1] *H. E.* VII, 40.

[2] *A. T. F.* XVI, 777 et s., XX, 572 et s. XXII, 1075 et s., XXIII, 659 et s., XXIV², 197 et s., XXIX², 95 et s., XXX², 460 et s. ; *R. jud.*, 1893, 94 (pertes considérables ?).

ment (cfr. art. 545 chif. 4), ou prononcée en justice. L'effet de la dissolution prononcée remonte à la *date de la déclaration de l'associé qui l'a demandée* pour de justes motifs[1]; c'est ce que la jurisprudence allemande a reconnu à diverses reprises et c'est la solution généralement adoptée par la doctrine; c'est enfin le seul moyen de concilier l'art. 547 avec les nécessités de la pratique et les exigences de la raison. Si l'on faisait remonter la dissolution à la naissance du « juste motif », on serait presque toujours embarrassé d'en déterminer l'époque d'une manière exacte; si l'on envisageait que la date du jugement doit être aussi celle de la dissolution, on restreindrait singulièrement la portée de l'art. 547 en obligeant l'associé demandeur à supporter les suites de toutes les opérations faites depuis sa déclaration de sortie jusqu'au jugement (cfr. cependant art. 551). Mais quel est le moment lui-même de cette déclaration? Est-ce celui où elle parvient aux associés? est-ce celui de l'introduction de la demande en justice? Sans doute, l'*époque de l'introduction de la demande*, puisque les « justes motifs » n'entraînent la dissolution qu'autant qu'ils sont accueillis par une décision judiciaire (ou par une convention amiable, mais ce cas sera peu fréquent et alors la date de la déclaration fera règle), et puisque, d'autre part, la déclaration de sortie en vertu de justes motifs peut être tenue pour une menace sans conséquence aussi longtemps qu'elle n'est pas suivie d'une action en justice.

Une autre question délicate se présente encore. Nous avons indiqué un certain nombre de cas dans lesquels on pourrait, on devrait admettre de justes motifs. Il n'est pas douteux, qu'en principe, un associé puisse invoquer un juste motif survenu dans sa personne, une infirmité, un départ forcé, etc., et que ses coassociés pourraient également l'invoquer contre lui. Mais un associé peut-il alléguer sa *propre faute*, ou les conséquences d'une faute commise par lui, et demander de ce chef la dissolution en prétendant qu'il a de justes motifs? Non, ainsi que l'a décidé le Tribunal fédéral[2], car, sans cela, chaque associé pourrait provoquer arbitrairement la dissolution, et en tout temps. De plus, une action fondée sur un pareil motif se heurterait infailliblement à l'exception de dol. M. Munzinger proposait une adjonction, conçue en ces termes, à notre article (art. 82 de son projet) : « Si ces causes sont surtout personnelles à l'un des associés, le juge peut se borner à prononcer l'exclusion de cet associé, si tous les autres associés le demandent ». Cette adjonction fut supprimée, ensorte que, dans le cas de l'art. 547, le juge ne peut substituer l'exclusion à la dissolution (cfr. cependant art. 576). Il est clair, d'un autre côté, que l'associé qui

[1] *R. j. f.* III, 220.
[2] *A. T. F.* XII, 195 et s.; cfr *ibid.* XX, 572 et s., XXIV[2], 197 et s.

donne, par sa faute, de justes motifs de résilier le contrat est passible de *dommages et intérêts* en vertu des art. 110 et s.[1]

732 *bis*. Insistons encore sur un point important, que notre Code laisse dans l'ombre. Si la dissolution a été déterminée par une autre cause que la dénonciation du contrat, le droit d'un associé de gérer les affaires sociales subsiste pour lui jusqu'à ce qu'il ait connu ou dû connaître le fait de la dissolution. Si cette dernière a été causée par le décès d'un sociétaire, l'héritier aura soin d'annoncer immédiatement le décès aux autres associés et il continuera, selon les principes de la bonne foi, les affaires précédemment gérées par le défunt, cela jusqu'au jour où les mesures nécessaires auront pu être prises. Les autres associés continueront de la même manière à gérer provisoirement, en attendant la liquidation proprement dite.

733. 2. *Des effets de la dissolution*. La société dissoute doit être liquidée et partagée ; le partage portera, à la fois, sur le fonds social et sur les bénéfices non encore distribués. Mais, comme l'exprime l'art. 551 : *La dissolution de la société ne modifie en aucune façon les engagements contractés envers les tiers* (cfr. art. 543, 544). Il en est autrement dans les sociétés en nom collectif et en commandite (cfr. art. 585 et s., 611). Toutes les obligations assumées par la société jusqu'au jour de sa dissolution peuvent être exécutées contre tous les associés, dans les conditions établies aux art. 543 et 544, alors même que l'un ou plusieurs d'entre eux auraient pris sur eux de les acquitter intégralement. La dissolution, en d'autres termes, n'est pas opposable aux tiers, qui ont, à l'égard des associés, les mêmes droits que du passé. S'il n'en était pas ainsi, on comprend qu'il n'y aurait aucune sécurité pour le crédit public : les associés solvables sauraient toujours se mettre à couvert et jouer de la dissolution au moment propice.

734. Nous avons dit que la dissolution entraînait forcément la liquidation et le partage de la société. La liquidation a pour but de dresser le bilan de l'association et, les chiffres de l'actif et du passif étant arrêtés, de permettre le partage, s'il y a lieu. L'art. 550 prescrit relativement au mode de liquidation : *La liquidation qui suit la dissolution de la société doit être faite en commun par tous les associés, y compris ceux* (cfr. art. 533) *qui avaient été exclus de l'administration des affaires sociales* (al. 1). Il semblerait que ce texte, pris à la lettre, n'autorisât point la liquidation par un mandataire commun choisi entre les associés, ou par un fondé de pouvoirs étranger à la société. Il n'en est rien, car l'art. 525 réserve ex-

[1] A. *T. F.* XIV, 364.

plicitement toutes conventions contraires des associés, même dans ce domaine. L'art. 550, al. 2, ajoute : *Toutefois, si le contrat de société n'avait trait qu'à certaines affaires d'une nature spéciale* (ou plutôt « qu'à certaines affaires déterminées » — *bestimmte einzelne Geschäfte*), *que l'un des associés devait gérer en son propre nom pour le compte de la société, cet associé doit, même après la dissolution de la société, les terminer seul et en rendre compte à ses coassociés* (cfr. art. 392 et s., 540, al. 1). C'est ici le cas de la société en participation du droit français ; ce sera une question de fait que celle de décider si la société se liquidera conformément au 1er ou au 2me al. de l'art. 550.

735. Après la liquidation, le partage. *Si*, dit l'art. 549, *après le règlement des dettes sociales* (cfr. art. 543, 544, al. 3), *après le remboursement des dépenses et avances faites par chacun des associés* (cfr. art. 526, 528, 548), *il reste un excédent, cet excédent constitue un bénéfice qui se répartit entre les associés* (cfr. art. 530, 531). — *Si, après le paiement des dettes, dépenses et avances, l'actif social n'est pas suffisant pour rembourser les apports, la différence constitue une perte qui se répartit entre les associés,* — soit en vertu des art. 530 et 531, soit dans les termes du contrat. Lorsque les pertes dépasseront le montant des apports, elles seront à la charge des associés qui en sont tenus sur la généralité de leurs biens en application de l'art. 544.

On a vu que, lors du partage, les apports étaient repris par leurs auteurs. De quelle manière ? L'art. 548 va nous renseigner : *Dans la liquidation à laquelle les associés doivent procéder entre eux après la dissolution de la société, l'associé qui a apporté dans la société une chose en toute propriété, ne reprend pas cette chose, mais il a droit au prix pour lequel elle a été acceptée. — Si ce prix n'a pas été déterminé, la restitution se fait d'après la valeur qu'avait la chose au moment de l'apport,* — pour autant, naturellement, qu'il y a lieu à restitution (cfr. art. 549). Si l'apport n'a consisté que dans la *jouissance* d'une chose, la reprise s'en opère en nature ; dans les cas de détérioration ou de destruction par la faute de l'un ou de l'autre des associés, l'art. 538 pourra être invoqué ; dans les cas de détérioration ou de destruction par cas fortuit, on s'en tiendra à l'art. 528 (cfr. art. 277 à 279).

736. Diverses questions peuvent se présenter, que le législateur n'a pas même touchées d'un mot. On pourrait se demander si les étrangers visés par l'art. 542 peuvent être écartés du partage, comme les étrangers peuvent l'être dans le partage des successions d'après l'art. 841 C. civ. fr. Non, assurément ; cette solution prévaut même en France, où l'on pourrait être tenté de recourir à l'analogie du dit art. 841. Le partage est simplement *translatif* de propriété, en ce

sens qu'il ne rétroagit pas, soit au jour de la dissolution, soit même, comme la plupart des auteurs français l'admettent, avec Pothier, au jour où la société s'est formée ou du moins à l'époque où les choses ont été acquises par l'association. Aucun texte ne nous permet d'attribuer au partage un effet déclaratif (cfr. art. 174). Faisons remarquer en outre que la société ne cesse pas d'exister par la seule circonstance qu'elle est dissoute ; aussi longtemps qu'elle n'est pas liquidée, elle subsiste encore pour sa liquidation.

TITRE VINGT-QUATRIÈME

DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF[1]

CHAPITRE PREMIER

De la nature et de la formation de la société.

737. *De sa nature.* La société en nom collectif, qui, du reste, n'est pas essentiellement commerciale en droit fédéral, est la moins compliquée des sociétés régies par notre Code. C'est elle encore qui se rapproche le plus de la société simple, dont elle se distingue cependant à bien des égards, en ce qu'elle a une raison sociale (cfr. art. 865 et s.), en ce que son inscription au registre du commerce est ordonnée par la loi, en ce qu'elle est une personne juridique, ou du moins qu'elle en possède les attributs essentiels[2], et en ce que la responsabilité des associés envers les tiers, pour les engagements sociaux, est illimitée. Notons en outre que la société en nom collectif de notre loi diffère de celle du droit commercial allemand et français sur les points suivants : 1° extension de ce genre de société à des entreprises non commerciales (cfr. art. 552, al. 3) ; 2° atténuation de la responsabilité individuelle des associés, qui sont traités

[1] *Haberstich*, II, 375 et s. ; *Jacottet*, 312 et s. ; *Schneider et Fick*, 730 et s. ; *Hafner*, 360 et s. ; *Munzinger*, Motifs, 61 et s. ; *Mess.*, 56. ; *Rap. Soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 105 et s. ; *J. d. T.* XXX, 65 et s. ; *R. j.* II, n°s 21 et s. (articles de M. E. Dutoit) ; *Zeitsch. für schw. R.* IX, n. sér. 327 et s. (article de M. le prof. Speiser sur « *die Kapitaleinlage der Kollectivgesellschaft* ») ; *H. Durrenmatt :* Die Kollectivgesellschaft, etc, in-8°, Herzogenbuchsee, 1900; *G. Hartmann :* Die Persönlichkeit der K.-G., in-8°, Soleure, 1895 ; *O. Steinmann :* Haftung des Kollectivgesellschafters, etc., Zurich, in-8°, 1901.

[2] Le Trib. féd. n'admet pas le caractère de *personne juridique* de la soc. en nom. coll. (entre autres, *A. T. F.* XXIV², 734). Même solution pour les *sociétés en commandite*. Voir n° 738 *bis*.

à peu près comme des cautions simples (cfr. art. 564); 3° autorisation accordée aux associés administrateurs de fonctionner, « sauf empêchement personnel », en qualité de liquidateurs lors de la dissolution de la société (cfr. art. 580, al. 1); 4° faculté donnée de désintéresser l'associé qui se retire ou qui est exclu, même quand la société ne se compose que de deux associés (cfr. art. 577, al. 2). On a supprimé, en revanche, une cinquième différence consistant en ce que les créanciers particuliers étaient plus favorisés dans la faillite de la société ; notre art. 566 est conforme à l'art. 122 du Code de commerce allemand.

Dans les sociétés en nom collectif, l'*intuitus personae*, la considération de confiance personnelle et réciproque, a une grande importance, comme, au surplus, dans toutes les sociétés à responsabilité individuelle. En conséquence, elles prennent fin par la mort, l'interdiction, la faillite d'un associé, sous la réserve de l'art. 545, chif. 2 *in fine* (cfr. art. 572). De plus, aucun associé ne peut se substituer complètement une autre personne dans la société sans le consentement de tous les autres (cfr. art. 542, 555) ; une cession, faite par un associé, de sa part sociale ne saurait, en particulier, emporter une semblable substitution, car la cession n'a d'effets qu'entre l'associé cédant et le cessionnaire.

738. Ces explications rendront plus intelligible la définition de l'art. 552 : *La société en nom collectif est celle que contractent deux ou plusieurs personnes à l'effet de faire le commerce* (c'est-à-dire d'acheter pour la revente), *d'exploiter une fabrique ou d'exploiter en la forme commerciale une industrie quelconque, sous une raison sociale et sans limiter leur responsabilité conformément aux titres suivants* (cfr. art. 590, 602 ; 612, 633 ; 688 et s.). — *Les membres d'une société de cette espèce sont tenus de se faire inscrire sur le registre du commerce* (al. 1 et 2). Reprenons un à un les divers éléments de cette disposition légale :

1° La société peut se composer de *deux ou plusieurs personnes ;* mais elle n'a besoin d'*aucune forme* pour se constituer, sous réserve de l'inscription au registre du commerce dont nous parlerons tout à l'heure [1] (cfr. art. 854, 859 et s.). Néanmoins on dressera, dans la règle, un contrat de société (cfr. art. 555).

2° Elle poursuit, *en la forme commerciale* (voir art. 39 L. P., Règlement féd. du 1er Mai 1890 sur le registre du commerce, art. 13, et art. 877 et s. C. O.), le but de son entreprise, qui peut être, soit le négoce, soit l'exploitation d'une fabrique, soit l'exercice d'une in-

[1] *R. j. f.* II, 106 (l'association existant entre cohéritiers indivis qui continuent l'exploitation du commerce de leur auteur doit être envisagée comme une société en nom collectif, alors même que son inscription au registre du commerce ne serait pas régulière); voir n° 739.

dustrie quelconque. Toutefois, et nous avons déjà fait allusion à cette particularité, la société en nom collectif *n'est pas essentiellement commerciale*, comme en France et en Allemagne, par exemple. C'est ce que nous apprend l'art. 552, al. 3 : *Toute société peut devenir une société en nom collectif, encore qu'elle ait un autre but que ceux indiqués ci-dessus, à condition de se faire inscrire comme telle sur le registre du commerce*. Tandis que, dans la société en nom collectif proprement dite, l'inscription au registre du commerce n'est pas la condition nécessaire de son existence légale, la société qui, poursuivant un but autre que ceux définis à l'art. 552, al. 1, veut devenir une société en nom collectif se fera inscrire forcément comme telle. Ainsi, deux notaires, deux avocats, qui désirent établir entre eux une société en nom collectif se feront inscrire comme associés sous cette forme.

3° Elle doit exister *sous une raison sociale*. La raison sociale (cfr. art. 869) est le nom sous lequel la société poursuit son but, le nom au moyen duquel on la désigne comme être moral distinct des associés (cfr. art. 553, chif. 2).

4° La *responsabilité des associés est illimitée* envers les tiers, quelles que puissent être les restrictions que les statuts renfermeraient à cet égard. Tous les associés sont tenus des dettes sociales solidairement et sur tous leurs biens, sous réserve de l'art. 564, al. 3. Il va sans dire, d'ailleurs, que les associés peuvent admettre entre eux, mais entre eux seulement et sans effet pour les tiers, un autre mode de contribution aux dettes de la société.

5° *L'inscription au registre du commerce* est de rigueur, sous peine d'amende pour les sociétés de l'art. 552, al. 1, et sous peine de ne pas être constituées pour celles du 3me al. de l'art. 552.

738 *bis*. Nous ne nous arrêterons pas longuement à la question de savoir si la société en nom collectif est une *personne juridique* ; ce point, controversé en doctrine, paraît être résolu affirmativement par les art. 559, 567, 571 et 572 de notre Code (cfr. aussi l'intitulé du chap. III, comparé à celui du chapitre correspondant du titre XXIII). Nous renvoyons au n° 737, où nous mentionnons la solution contraire adoptée par le Tribunal fédéral, qui décide cependant que, « vis-à-vis des tiers, la société en nom collectif ou en commandite apparaît comme un groupement particulier de droits et d'obligations, comme une unité de biens distincte des biens particuliers des associés ». Constatons encore que si nous admettons que les sociétés en nom collectif et celles en commandite sont des personnes morales, c'est que nous leur refusons toute personnalité en dehors de l'objet et du but pour lequel elles ont été créées ; nous la leur reconnaissons toutefois, dans ces limites, et nous croyons que tel est bien le système de notre loi, — le système de la spécialité de la

personnalisation, d'après lequel la puissance publique, qui prête vie à ces êtres fictifs, ne leur confère que les droits dont elles ont strictement besoin[1]; voir n° 744 *bis*.

739. *De sa formation*. La société en nom collectif prend naissance indépendamment de toute forme. Elle peut reposer sur un acte écrit, authentique ou sous seing privé, ou même sur une simple convention verbale, ou encore dériver d'actes concluants. Il n'en faut pas moins conseiller aux associés de rédiger des statuts aussi complets que possible. Pour qu'une société en nom collectif soit fondée, il suffit, en d'autres termes, qu'elle réponde à la définition de l'art. 552; au surplus, dès que deux ou plusieurs personnes se seront associées, en vue de poursuivre l'un des buts mentionnés au dit article, et cela sous une raison sociale, on présumera qu'elles ont entendu former une société en nom collectif (voir p. 700, note 1), à moins qu'elles ne justifient avoir conclu une autre société.

La société n'a-t-elle d'existence légale qu'après son inscription au registre du commerce? Aussi longtemps que cette formalité n'a pas été remplie, la société n'a-t-elle pas encore acquis la personnalité juridique, ne peut-elle ni agir ni contracter valablement comme telle, et les actes faits en son nom obligent-ils non point la société, mais ceux-là seulement qui les ont passés? On a prétendu qu'une société en nom collectif n'avait « d'existence légale qu'après son inscription sur le registre du commerce »[2]. Cette opinion est erronée, car l'art. 552 ne fait nullement de l'inscription une condition de l'existence légale de la société; il suffit, pour le reconnaître, de rapprocher de l'art. 552 le 2me alinéa de l'art. 864, d'après lequel ceux qui, étant tenus de veiller à ce que l'inscription ait lieu sur le registre du commerce, négligent de remplir cette formalité, sont passibles d'une amende de 10 à 500 fr. Une société en nom collectif qui ferait des affaires avant d'être inscrite s'obligerait comme telle, tous ses membres seraient engagés solidairement et sur tous leurs biens, le défaut d'inscription ne pouvant, ne devant pas nuire aux tiers. La sanction de l'inaccomplissement de la formalité de l'inscription n'est donc pas l'inexistence de la société, mais uniquement la responsabilité imposée à ceux qui se sont rendus coupables de cette omission, pour le dommage qui en peut résulter (cfr. art. 860). En particulier, dès que la société existe, et par le seul fait de son existence, elle est capable d'ester en jugement[3]. Il est évident, en

[1] *Aubry et Rau*, I, 191; *Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade*, Traité de droit civil. Des personnes, I, 210. *Thaller*, 166 et s. En Allemagne, l'opinion prédominante se prononce contre le caractère de personne morale des soc. en nom coll. et en com. (cfr. *Staub*, 284 et s.).

[2] *H. Lefort:* Registre du com. et raisons de commerce (Genève, 1884), p. 88 et s.

[3] *J. d. T.* XLII, 748 (arrêt du T. F., du 6 Octobre 1894), et voir note ad art. 559.

revanche, que les sociétés du 3me al. de l'art. 552 ne deviennent des sociétés en nom collectif que par l'inscription ; et c'est là même ce qui les distingue essentiellement de celles du 1er alinéa du dit article.

740. Nous avons vu qu'aux termes de l'art. 552, al. 2, les membres d'une société de la nature de celle dont nous nous occupons, doivent la faire inscrire *comme société en nom collectif*. L'art. 553 nous fournit les indications suivantes relativement au mode d'inscription :

L'inscription doit se faire dans le lieu où la société a son siège (cfr. art. 865, al. 3 et 4), *et indiquer :*

1° *le nom et la demeure de chaque associé.* On entend par « nom », les noms et prénoms, car il est nécessaire que les associés soient désignés assez exactement pour qu'aucune confusion ne soit possible. La mention du domicile de chaque associé a son utilité, lorsqu'il s'agit de rechercher l'un ou l'autre personnellement (cfr. art. 564) ;

2° *la raison sociale et le lieu où la société a son siège.* Il convient de distinguer entre :

a) la *raison sociale* qui ne peut être quelconque, mais doit satisfaire aux exigences de l'art. 869, en ce qu'elle contiendra les noms de tous les associés ou tout au moins le nom de l'un d'eux avec une adjonction marquant l'existence d'une société ;

b) et le *siège social,* qu'il importe de connaître au point de vue du for, puisque le siège social d'une société est son domicile légal ; pour la ou les succursales, consulter l'art. 865, al. 3 et 4 ;

3° *l'époque à laquelle la société commence,* — et non pas, comme en droit commercial allemand, « l'époque à laquelle la société a commencé » ; notre Code est plus pratique, la publication qui suit l'inscription d'un fait au registre du commerce n'ayant jamais lieu que quelques jours après celle-ci et la publicité donnée à l'inscription devant coïncider autant que possible avec le commencement de la société. L'inscription peut donc avoir lieu chez nous même avant que la société ait commencé ; il serait superflu, au demeurant, d'indiquer la durée de la société, car la dissolution peut intervenir bien avant l'expiration du temps fixé, ou une société en nom collectif peut continuer tacitement après l'expiration de ce temps, et les renseignements qui seraient donnés au public sur ce point ne contribueraient souvent qu'à l'induire en erreur ;

4° *lorsqu'il est convenu que l'un ou plusieurs des associés seulement représenteront la société, celui ou ceux qui ont été désignés à cet effet et, s'il y a lieu, la circonstance que ce droit ne peut être exercé que conjointement.* Tous les associés sont, en principe, autorisés à représenter la société, et ce droit accordé à

chacun d'eux ne saurait être valablement restreint que si les restrictions à cet égard ont été inscrites dans le registre du commerce. Ces restrictions peuvent porter, d'une part, sur le fait que la signature sociale n'appartient qu'à un associé ou à certains des associés, et, de l'autre, sur la circonstance que la société ne pourra être engagée que par la signature collective de tous les associés-gérants. Il peut, au reste, être convenu que la gestion sera exclusivement confiée à un fondé de procuration (cfr. art. 422).

Notre loi n'ordonne pas d'inscription relativement au genre d'affaires entreprises par la société, ni au montant du capital social.

741. Comment procédera-t-on à l'inscription? L'art. 554 nous dit : *Les demandes faites en vue de l'inscription des énonciations mentionnées à l'article précédent, numéros 1 à 4, ou des modifications ultérieures* (cfr. art. 579, 580, 859, 861) *qu'elles comporteraient, doivent être ou bien signées par tous les associés personnellement en présence du fonctionnaire préposé au registre, ou bien dûment légalisées. — Elles doivent être intégralement transcrites sur le registre* (ce qui ne signifie pas : littéralement transcrites, mais substantiellement, — *ihrem ganzen Inhalte nach). — Les associés chargés de représenter la société apposent personnellement*[1] *la signature sociale et leur propre signature en présence du fonctionnaire préposé au registre, ou les lui remettent dûment légalisées.* Les tiers pourront en conséquence, grâce aux mesures de publicité prescrites par la loi, se renseigner sur les personnes faisant partie de la société et sur les organes qui ont mission de la représenter.

---

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVI, 217 (une représentation n'est pas possible pour l'apposition de ces signatures).

CHAPITRE II

Des rapports des associés entre eux.

SECTION PREMIÈRE

Obligations des associés envers la société.

742. Le législateur n'intervient, dans tout le domaine des relations des associés entre eux, qu'à défaut de conventions spéciales des parties. L'art. 555 [1] prescrit : *Les rapports des associés entre eux sont déterminés en première ligne par le contrat de société. — A défaut de stipulations à cet égard, il y a lieu d'appliquer les dispositions des articles 526 à 542 sur les sociétés simples, sauf les modifications qui résultent des articles suivants.* Constatons d'abord que notre texte ne renvoie pas à l'art. 525, al. 2, ensorte qu'il serait permis de déroger conventionnellement à l'art. 539, mais non point, sans doute, à l'art. 541 qui est de droit strict et qui s'appliquerait nécessairement, même dans la société simple, en l'absence de la réserve formulée à l'art. 525, al. 2, *in fine*. Quant aux modifications prévues à la fin de notre art. 555, elles ont trait notamment à ce que nous avons dit de l'*apport*, de la *diligence* des associés, etc.

743. Alors que, dans la société simple, l'apport en propriété n'est pas transféré à la société même, qui n'a pas d'existence juridique propre, — dans la société en nom collectif, être moral distinct des associés, les apports passent en propriété à la société même ; ils seront cependant, à la dissolution, repris par leur auteur en conformité de l'art. 549 (applicable par analogie ; cfr. art. 572, al. 2), à moins de clauses contraires dans les statuts.

744. Un associé peut faire, dans la société simple, pour son compte personnel des affaires semblables à celles de l'association, pourvu qu'elles ne paralysent ni n'entravent l'activité de cette der-

[1] *A. T. F.* XXIV², 178 et s.

nière. Il en est autrement dans la société en nom collectif, au sujet de laquelle l'art. 558 dispose : *Un associé ne peut, sans le consentement des autres associés, faire, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, des affaires de la même nature que celles de la société, ni s'intéresser comme associé en nom collectif ou commanditaire* (il s'agit d'une société en commandite ordinaire ; cfr. art. 676 et 677) *dans une entreprise similaire.* Il ne doit, en d'autres termes, pouvoir faire de quelque manière que ce soit concurrence à la société, si ses coassociés ne l'y autorisent point expressément ou tacitement. La sanction de l'art. 558 résulte de l'art. 547 (cfr. art. 572, al. 2), ensorte que toute contravention peut devenir un juste motif de dissolution ou d'exclusion (cfr. art. 576). En outre, l'associé fautif serait tenu envers les autres membres de la société de tout le préjudice qu'il leur aurait individuellement occasionné.

On a remarqué que la prohibition de l'art. 558 est absolue et que toute infraction, même non dommageable, pourrait motiver l'application des art. 547 ou 576. Un associé peut, au demeurant, parfaitement se livrer à un négoce, une industrie, un métier différents de l'entreprise sociale, entrer dans une société en nom collectif ou en commandite faisant des affaires d'une autre nature, prendre des actions d'une société anonyme, devenir membre d'une association poursuivant le même but que la société en nom collectif dont il fait partie.

744 *bis.* Une conséquence que le Tribunal fédéral[1] tire de sa théorie, d'après laquelle notre loi refuserait la personnalité civile aux sociétés en nom collectif, est que, « dans la sphère des relations sociales, il ne peut pas être question de dette ou créance de la société vis-à-vis d'un associé individuellement, » la société comme telle ne pouvant devenir créancière ou débitrice de l'un de ses membres que lorsque celui-ci se trouve envers elle dans la situation d'un tiers. Partant, le compte ouvert à l'un des associés dans les livres de la société ne crée, en principe et sauf preuve du contraire, des obligations de débiteur qu'à l'égard de ses coassociés, et la masse en faillite sociale, en cédant le solde de ce compte, a disposé d'un bien qui ne lui appartenait point. La solution est bizarre, car le solde de compte litigieux faisait bel et bien partie de l'actif de la société comme les autres créances constatées par les livres de cette dernière, et il nous paraît que l'autorité judiciaire

[1] *A. T. F.* XXIV², 734 ; cfr. *J. d. T.* L, 329, arrêt du T. F., du 19 Déc. 1901 (le créancier social qui n'a pas adhéré au concordat de la société ne peut invoquer contre les associés le bénéfice de l'art. 303, al. 1. L. P.). — Un associé peut d'ailleurs contracter *avec soi-même*, comme particulier, en sa qualité de représentant de la société (arrêt du T. F., du 28 Déc. 1903, *Zeitsch. des bern. J. V.* XL, 220) ; *alias*, art. 181 C. com. all. La société peut aussi valablement *cautionner* l'un de ses membres (*R. j. f.* XXII, 129, arrêt du T. F., du 29 Avril 1904).

a distingué arbitrairement, sans qu'aucun texte légal puisse être invoqué par elle, pour des motifs de pure abstraction juridique, entre divers éléments de l'avoir social, attribuant les uns aux coassociés, les autres à la société, alors que l'avoir social ne supporte pas une semblable distinction envers les tiers traitant avec la société ou sa masse en faillite.

SECTION DEUXIÈME

Obligations de la société envers les associés.

745. Le contrat de société fait règle en première ligne. A défaut de conventions spéciales, on s'en tient aux art. 526 à 542, qui ne sont modifiés en ce qui concerne l'objet de notre section que par les art. 556 et 557 :

746. 1° Art. 556 : *A la fin de chaque exercice annuel, il est dressé un inventaire et un bilan de l'avoir social, sur la base desquels se fixent les bénéfices ou les pertes de l'année et la part de chaque associé* (cfr. art. 577). — *On bonifie à chaque associé l'intérêt à quatre pour cent de sa part dans l'actif social, ainsi que les honoraires de son travail s'il en a été stipulé. — Lorsqu'il s'agit de déterminer les bénéfices ou les pertes, les intérêts et honoraires sont considérés comme une dette de la société.* Les sociétés en nom collectif sont, quel que soit leur but, traitées comme des entreprises commerciales. Alors que les sociétés simples sont dispensées de l'obligation consacrée à l'art. 556, les sociétés en nom collectif doivent dresser à la fois un inventaire et un bilan à la fin de chaque exercice annuel. Ces deux états de la situation financière de la société serviront, entre autres, au calcul des répartitions à effectuer en vertu du contrat ou, à défaut, en vertu de l'art. 530. Chaque associé est crédité des intérêts à 4 % de son apport, ainsi que des honoraires de son travail (cfr. art. 537 *in fine*), s'il en a été stipulé; les intérêts sont bonifiés de plein droit, les honoraires seulement en cas de convention à ce sujet, mais les intérêts et les honoraires seront placés sur le même rang lors de la répartition et ils doivent être payés, en tant qu'envisagés comme dette sociale, avant tous bénéfices, lorsqu'il s'agit de calculer les bénéfices ou les pertes. Cette solution se comprend pour les honoraires. Mais pour les intérêts? Les associés y ont droit, même quand ces intérêts ne seraient plus prélevés sur les bénéfices et constitueraient la société en perte! Les art. 120 et suiv. du C. com. allemand revisé ont adopté un principe beaucoup plus rationnel.

2° Art. 557[1] : *Chaque associé a le droit de retirer de la caisse sociale les bénéfices, intérêts et honoraires de l'année échue. S'il ne fait pas usage de ce droit, son apport est augmenté d'autant, à moins que les associés ne s'y opposent. — Si des pertes antérieures ont diminué l'apport de l'un des associés, celui-ci ne peut retirer sa part de bénéfices* (il en est autrement pour les intérêts et honoraires) *avant que son apport ne soit reconstitué. — Sauf ce cas, aucun associé ne peut être tenu de compléter son apport réduit par des pertes, et il n'est jamais tenu non plus de l'élever à un chiffre supérieur à celui qui est fixé par le contrat.* On sait que l'apport n'est pas un élément essentiel pour la constitution d'une société en nom collectif; il suffit que les associés mettent en commun leur travail ou leur crédit. Ajoutons qu'il est permis de déroger conventionnellement à l'art. 557, et que les tiers n'ont pas d'action pour le faire observer. Cela dit, nous commençons par constater qu'en réalité l'associé ne peut rien retirer de la caisse sociale avant l'expiration de la première année. Ensuite, il n'est en droit que de prélever les intérêts de son apport à 4 %, les honoraires de son travail s'il en a été stipulé, et sa part dans les bénéfices. Il est autorisé à réclamer ses bénéfices même s'il devait en résulter un dommage notable pour la société (cfr. C. com. all. rev., art. 122), aussi longtemps qu'il n'y a pas lieu à reconstitution de son apport diminué par des pertes, ou aussi longtemps qu'ayant négligé de les retirer (même solution pour les intérêts et hononaires) son apport s'en est trouvé augmenté, du consentement de ses coassociés, en application de l'art. 557 al. 1 *in fine*. Mais si un associé, dont l'apport a été diminué par des pertes, touchait ses bénéfices au mépris du 2me al. de l'art. 557? Les créanciers pourraient-ils intervenir et en demander la restitution à la société? Assurément non, car la loi ne sanctionne nulle part cette défense et l'on ne comprendrait pas que les créanciers pussent s'immiscer dans l'administration des affaires sociales. Il est bien vrai de dire que ce défaut de sanction peut être préjudiciable aux créanciers de la société qui, en cas de déconfiture de celle-ci, verront le capital social, qui leur est spécialement affecté, réduit d'autant, et qui, dans la faillite personnelle de l'associé, ne seront payés sur ces bénéfices illégalement perçus, s'ils se retrouvent encore, qu'en concurrence avec les créanciers particuliers du sociétaire. Il est regrettable qu'on n'ait pas songé à rendre plus efficace cette prohibition de l'art. 557 al. 2. Mais, quand il y a été contrevenu, nous ne pouvons admettre, avec M. Haberstich, « qu'il doit y avoir un moyen donné pour empêcher toute infraction à cette règle ». Ce moyen manque, précisément. Peut-être serait-il

[1] *Speiser*, l. c. 327 et s. *R. j. f.* IV, 192, V, 110 (que nous résumons à propos de l'art. 583).

possible, si la législation pénale s'y prêtait, de découvrir dans une manœuvre de cette espèce, un cas de banqueroute frauduleuse, en ce que l'associé fautif aurait avantagé ses créanciers particuliers au détriment des créanciers sociaux; mais il serait étrange de chercher une sanction en dehors du Code fédéral qui n'en établit point.

L'apport lui-même, fixe de sa nature, ne peut être ni augmenté, ni diminué, si ce n'est de l'assentiment des autres associés. D'un autre côté, l'art. 557 dispose expressément que, sauf l'éventualité prévue à son deuxième alinéa, un associé n'a jamais l'obligation de compléter son apport réduit par des pertes ou de l'élever au delà de son montant statutaire. Mais on n'a pas oublié, qu'envers les créanciers, les associés sont tenus solidairement et sur tous leurs biens, quel que soit le chiffre de leur apport déterminé par le contrat.

747. Les *parts des associés* dans les *bénéfices et les pertes* et l'*administration de la société* se règlent selon les principes que nous avons exposés au chapitre II du précédent titre (cfr. art. 555 al. 2), à défaut de stipulations contraires dans les statuts; voir nos 722 et s.

CHAPITRE III

Des rapports de la société avec les tiers.

SECTION PREMIÈRE

Règles générales.

748. Le chapitre correspondant du précédent titre était intitulé : « des rapports des *associés* avec les tiers », la société simple ne possédant point la personnalité civile et n'existant pas à proprement parler comme individualité juridique distincte de la personne des associés. Nous avons à traiter ici des rapports de la *société* avec les tiers, car la société en nom collectif est, au moins envers les tiers, un être moral capable de s'obliger comme tel et d'acquérir. Si, par exemple, la société en nom collectif achète des biens, elle en deviendra elle-même propriétaire; l'avoir social appartient, du reste, non pas aux associés séparément ou indivisément, mais à la société sous réserve des droits de ses membres en

cas de liquidation et de partage. L'art. 559[1] nous dit, en effet : *La société en nom collectif peut, sous sa raison sociale, devenir créancière et débitrice, ester en jugement et acquérir des droits de propriété et d'autres droits réels, même sur des immeubles.* Elle a, en somme, tous les attributs essentiels d'une personne juridique, puisqu'elle peut, sous sa raison sociale :

1° *Devenir créancière ou débitrice,* en vertu de quelque titre que ce soit, reconnaissance, obligation hypothécaire, lettre de change, chèque, etc. Ses engagements seront exécutés, le cas échéant, sur l'actif social et subsidiairement sur les biens personnels des associés ;

2° *Ester en jugement* (voir n° 739 *in fine*), soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, compromettre, transiger, se désister. Nous pourrions ajouter, comme l'art. 124 C. de com. all. rev., que le for ordinaire de la société est déterminé par le lieu où elle a son siége; les lois cantonales règlent ce point, en admettant d'ailleurs le principe qui vient d'être énoncé. Dans les procès intentés à ou par la société, les associés sont des consorts; la société est représentée par ceux de ses membres qui en ont reçu les pouvoirs de par la loi ou de par le contrat. Si les statuts sont muets à cet égard, tous les associés ayant le droit d'agir au nom de la société (cfr. art. 560), un seul des associés pourra valablement représenter la société en justice. S'il a été convenu que les associés ne pourraient représenter la société que collectivement, tous devront concourir activement au procès, sous réserve d'un mandat à décerner à l'un d'entre eux, — et ainsi de suite. Il n'est pas nécessaire, au surplus, d'actionner et de désigner individuellement les associés dans les pièces de procédure, car c'est la société même qui est partie litigante, et des changements survenus dans la personne de l'un ou l'autre associé sont complètement indifférents ;

3° *Acquérir des droits de propriété et d'autres droits réels* (services fonciers, usufruits, droits de rétention, de gage, etc.) *même sur des immeubles.* Le C. O. ne parle que d'« acquérir », mais il est évident que la société peut *aliéner* aussi ; et il ne distingue pas entre les modes d'acquisition à titre onéreux et gratuit.

[1] *A. T. F.* XV, 423 ; cfr. *J. d. T.* L, 98, arrêt du T. F., du 8 Mars 1901 (l'existence de la société ne dépend pas de son inscription, mais du fait que les associés ont commencé leurs opérations sous une raison sociale).

SECTION DEUXIÈME

De la représentation de la société.

749. Les sociétés sont des abstractions, elles ne peuvent donc agir par elles-mêmes. Leur volonté se manifeste et leurs actes sont accomplis par des représentants qui, dans la société en nom collectif, ont reçu le nom de *gérants*. Les statuts désigneront, règle générale, la ou les personnes auxquelles la gestion sera confiée. Mais si le droit de gérer n'est pas abandonné à chacun des associés séparément, il est indispensable que cette circonstance soit mentionnée sur le registre du commerce pour devenir opposable aux tiers. C'est ce qui découle déjà de l'art. 553 chif. 4; c'est ce qu'exprime, en termes formels, l'art. 560 : *Si le registre du commerce ne contient aucune mention relativement aux pouvoirs des associés, les tiers sont fondés à admettre que chaque associé a le droit d'agir au nom de la société.* Il est, en conséquence, de principe que tous les associés sont gérants et peuvent séparément (cfr. art. 561) représenter la société. Pour que ce droit soit valablement restreint, envers les tiers tout au moins, et qu'il ne puisse être exercé avec effet à leur égard que par certains associés, individuellement ou collectivement, ou collectivement par tous les associés, il faut une inscription correspondante au registre du commerce. Il se peut aussi que le mandat de gérer soit retiré à l'un des associés; ce retrait doit également être inscrit pour être opposable aux tiers (cfr. art. 861, 863) et il ne peut au reste être provoqué, à défaut de consentement, qu'en application de l'art. 539 (cfr. art. 555 al. 2).

MM. Schneider et Fick se sont demandé quel était le sens des mots suivants : « les tiers sont *fondés* à admettre », etc. Les tiers sont-ils tenus d'admettre que, faute d'inscription contraire sur le registre, chaque associé a un droit absolu de représentation ? Ou bien peuvent-ils exiger que, même en l'absence d'une pareille inscription, il apporte la preuve qu'il est autorisé à représenter la société ? Les auteurs précités répondent affirmativement à cette dernière question. Nous ne croyons pas, cependant, qu'un associé ait à se légitimer comme représentant de la société, puisqu'il est au bénéfice de la présomption légale de l'art. 560. Et puis, les tiers pourront toujours se refuser à contracter, s'ils ont des doutes sur les pouvoirs de l'associé qui entre en relations avec eux. Et encore, s'il y a litige et qu'un associé intervienne au nom de la société, ce sera vraisemblablement à la partie adverse à se renseigner et à effectuer, le cas échéant, la preuve du défaut de légitimation puisque, *de lege,*

chaque associé est un représentant de la société ; il suffira, en résumé, que l'associé justifie de sa qualité de membre d'une société en nom collectif. Si un associé est un incapable (mineur, interdit, femme mariée, etc.), sa capacité d'agir au nom de la société se règle en conformité de ce que nous avons exposé ad art. 29 et s.

750. La gestion sera toujours confiée soit à un, soit à plusieurs, soit à tous les associés ; lorsque les associés seront peu nombreux, ils exerceront tous, à l'ordinaire, les pouvoirs de gérants, soit séparément, soit collectivement. Nous venons de voir ce que prescrit l'art. 560. Il semblerait, à lire cette disposition légale, que l'existence sur le registre du commerce et la publication d'une inscription en vertu de laquelle tous les associés ne seraient pas autorisés à agir séparément au nom de la société, il semblerait, disons-nous, qu'une inscription de cette nature fût suffisante pour rendre opposable aux tiers une répartition différente des pouvoirs. Ainsi A. et B. forment une société en nom collectif ; les statuts confèrent la gestion exclusivement à B. ; cette circonstance est inscrite et publiée ; A. traite pour le compte de la société, avec un tiers qui ignore son défaut de qualité ; A. n'oblige pas la société, quand bien même le tiers serait de bonne foi, n'aurait ni connu, ni pu ou dû connaître l'inscription qui attribuait à B. seul le droit de représenter la société. Voilà, paraît-il tout d'abord, le sens de l'art. 560, et l'on ne concevrait pas aisément une autre interprétation. Mais l'art. 561 n'est-il pas en contradiction flagrante avec le précédent ?

Chaque associé, porte-t-il, *autorisé à représenter la société, a le droit de faire au nom de celle-ci tous les actes juridiques et toutes les affaires que comporte le but de la société*[1]. — *Toute clause qui limiterait ses pouvoirs est nulle et de nul effet à l'égard des tiers de bonne foi. — Est excepté le cas où, d'après l'inscription faite sur le registre du commerce, la société ne peut être engagée que par la signature collective de plusieurs des associés*, — ou de tous les associés, naturellement. Faisons observer, en toute première ligne, que nous ne traitons ici que du droit de représentation envers les tiers : entre associés, les pouvoirs des gérants peuvent être réglés d'une autre manière et tout abus rendrait le coupable passible de dommages et intérêts envers la société ; mais les actes accomplis en dehors des pouvoirs conférés sont régis, à l'égard des tiers, par les prescriptions que nous étudions. Ceci dit en passant, nous constatons qu'à rapprocher les art. 560 et 561, on croirait se trouver en présence d'un véritable rébus juridique. D'une part (art. 560), c'est l'inscription au registre qui rend les clauses

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVI, 17 (le droit de représentation des associés est déterminé par la loi du pays où la société a son siège, quand même l'engagement aurait été contracté dans un autre pays).

particulières sur le droit de représentation opposables aux *tiers*, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi ; d'autre part (art. 561), sauf le cas où le registre du commerce porte que la signature collective est nécessaire, ces mêmes clauses particulières, inscrites et publiées ou non, ne sont pas opposables aux *tiers de bonne foi*. Si nous ne faisons erreur, ces textes ne se contredisent pas autant que leur rédaction, évidemment défectueuse, pourrait le laisser supposer. Voici, selon nous, comment il convient de les entendre.

L'art. 560 nous apprend *par qui* la société est représentée ; l'art. 561 nous indique la *somme des pouvoirs* appartenant à ceux qui ont qualité pour la représenter. L'art. 560 dit, en d'autres termes : à défaut d'inscription du contraire au registre du commerce, chaque associé est autorisé à agir séparément au nom de la société ; s'il y a inscription du contraire, elle est opposable à tous les tiers, en ce qui concerne les personnes désormais qualifiées pour remplir les fonctions de gérant. L'art. 561 ajoute : les personnes qui, dans les limites tracées par l'art. 560, ont le droit de représentation, peuvent faire au nom de la société tous les actes que comporte, *in abstracto*, le but social ou qui ne sont pas exclus par lui[1]; les pouvoirs de faire valablement tous ces actes ne sauraient être valablement restreints, à l'égard des tiers de bonne foi (seulement), soit par une clause des statuts, inscrite ou non, soit par une inscription au registre du commerce en ce sens, par exemple, que tel associé gérant n'aurait pas qualité de souscrire des engagements de change, ou d'acheter des immeubles, ou d'en aliéner ; du moins, ils ne peuvent l'être que dans une hypothèse, lorsque le registre du commerce mentionnera que certains des actes à accomplir au nom de la société, ou tous ces actes, n'obligeront cette dernière que par la signature collective des associés-gérants. En résumé, l'art. 560 se réfère à la *désignation* des gérants, l'art. 561 à l'*étendue des pouvoirs*. Cette explication se justifie encore par la comparaison desdits articles avec les dispositions du Code de com. all. auxquelles ils ont été empruntés (art. 115 d'un côté, art. 114, al. 1, et 116 de l'autre). L'art. 116, qui correspond à notre art. 561, al. 2, parle d'une *Beschränkung des Umfanges der Befugniss*, soit de restrictions apportées à l'étendue des pouvoirs, alors que notre loi emploie l'expression amphibologique de : *Vertretungsbefugniss*, — faculté de représenter, qui vise aussi bien la qualité de représentant, que l'étendue du droit de représentation.

[1] *A. T. F.* XX, 440, XXII, 591 et s., XXIII, 198 et s. (il faut aussi comprendre parmi ces actes ceux qui *pourraient être* compatibles avec le but social, — *die möglicherweise im Zwecke des Geschäfts begründet sind*). Cfr. *ibid.* XVII, 561, (inadmissibilité de l'exception d'un associé opposée à un tiers de bonne foi et reposant sur le fait que le coassocié autorisé à représenter la société aurait souscrit une reconnaissance de dette dans son intérêt personnel et non en considération du but de la société).

751. Nous revenons à l'art. 561. Chaque associé autorisé à représenter la société peut faire au nom de celle-ci toutes les affaires qui rentrent dans la poursuite du but social, même, dans telles circonstances données, souscrire des cautionnements en faveur de dettes particulières d'un associé. S'il n'est pas autorisé à la représenter, ou si le droit qui lui avait été conféré d'agir pour elle lui a été enlevé, et que ce défaut de pouvoirs ou leur retrait soit constaté par le registre du commerce et publié, il est incapable d'engager la société, ensorte que les tiers, même de bonne foi, qui contractent avec lui ne peuvent s'en tenir qu'à lui personnellement et non point à la société. Mais un associé autorisé à représenter — à moins encore que le registre du commerce ne mentionne, cette inscription étant opposable même aux tiers de bonne foi, que, pour tels actes ou tous les actes, la société n'est liée que par la signature collective de plusieurs ou de tous les sociétaires, — un associé autorisé à représenter la société, disons-nous, peut acquérir, aliéner, ester en justice, s'obliger en général au nom et pour le compte de la société, sans le concours de ses coassociés. Ses pouvoirs, l'exception de l'art. 561 *in fine* réservée, sont absolus et toute clause qui les limiterait n'est pas opposable aux tiers de bonne foi, c'est-à-dire aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance. Les tiers de mauvaise foi, en revanche, ceux qui n'ignorent pas ou ne peuvent ignorer une restriction apportée aux pouvoirs d'un associé-gérant, soit parce qu'ils l'ont trouvée inscrite au registre du commerce, soit parce qu'ils ont eu sous les yeux les statuts qui la consacrent, etc., ne peuvent se prévaloir de ce que l'art. 561, al. 1, permet à l'associé-gérant de faire au nom de la société toutes les affaires qu'implique le but social ; la question de savoir quel cercle d'opérations comporte le but social est d'ailleurs une pure question de fait [1]. Il conviendra néanmoins de ne pas interpréter l'art. 561, al. 1, d'une manière trop stricte et, au surplus, la société ne pourra prétendre qu'un gérant a agi en dehors de ses attributions et ne l'a point engagée par ses actes, que si le tiers avec lequel il a contracté était de mauvaise foi, n'ignorait pas ou ne devait pas ignorer que l'affaire conclue ne rentrait point dans le cadre des opérations sociales [2]. En thèse générale, les associés-gérants auront qualité pour vendre et acheter des marchandises, faire des baux, contracter des emprunts, recevoir des capitaux, en donner quittance, intenter des procès, y résister, poursuivre les débiteurs de la société, aliéner, acquérir, grever ou dégrever des immeubles, etc., pour autant que le but social le comportera.

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXIV, 18 (souscrire des cautionnements ? oui, à condition que ce soit dans l'intérêt de la société, que son crédit et sa solvabilité s'en trouvent augmentés, qu'ils se concilient avec la poursuite du but social; cfr. *A. T. F.* XVII, 561).

[2] Voir, entre autres, *A. T. F.* XXIII, 198 et s.; voir p. 713 texte et note.

752. On s'est demandé si des restrictions autres que celles de l'art. 561, al. 3, pouvaient être inscrites au registre ? Le Bureau fédéral du registre du commerce estime que non. La question est pour le moins douteuse [1]. Une conséquence de la théorie officielle est que si d'autres restrictions étaient inscrites, elles ne produiraient aucun effet à l'égard des tiers de bonne foi.

753. La loi limite cependant les pouvoirs des associés-gérants dans le cas de l'art. 562 : *La nomination d'un fondé de procuration* (cfr. art. 422) *exige le consentement de tous les associés-gérants. Mais chacun d'eux peut révoquer valablement, par rapport aux tiers* (cfr. art. 425), *la procuration donnée.* Quant aux pouvoirs plus restreints d'un mandataire commercial, d'un voyageur de commerce ou de tout autre mandataire, ils peuvent en principe être valablement constitués par un seul des gérants.

Le consentement de *tous* les gérants pour la nomination d'un fondé de procuration, d'un « procuriste », peut être exprès ou tacite, à la seule condition qu'il émane de tous ceux qui sont compétents pour le donner. Mais M. Hafner pense avec raison que, par une disposition des statuts, chaque associé peut obtenir la faculté de nommer de son chef un « procuriste ». Les statuts ne pourraient, au contraire, enlever, même si une inscription à cet effet avait eu lieu sur le registre du commerce, le droit appartenant à chaque gérant de révoquer valablement et en tout temps à l'égard des tiers la procuration conférée, car les intérêts et la responsabilité de chacun d'entre eux sont trop fortement engagés pour qu'une clause du contrat puisse les contraindre à subir un fondé de procuration inhabile, indélicat ou inutile Il est indispensable néanmoins, pour que cette révocation lie les tiers de bonne foi, qu'elle soit inscrite au registre (cfr. art. 425, al. 2).

Les associés qui n'ont pas la gestion ne peuvent nommer ni révoquer un fondé de procuration de l'art. 422 ; ils ne peuvent agir que par l'organe des gérants, sauf à invoquer les art. 538 et 539 s'il n'était pas satisfait à leurs vœux.

754. Nous avons appris que, si le registre du commerce ne renfermait aucune mention contraire, tous les associés avaient séparément le droit de représenter la société, mais que ce droit pouvait être attribué à un ou à quelques-uns des associés seulement. L'art. 563 dispose : *La société devient créancière ou débitrice par l'effet des actes accomplis en son nom par un associé autorisé à la représenter. Peu importe que ces actes aient été accomplis expressément au nom de la société ou que l'intention d'agir pour*

[1] *Schneider et Fick*, ad art. 561. *J. d. T.* XXXIV, 385 et s., et XXXVI, 5, note 2. *R. j. f.* IV, 189.

elle ressorte seulement des circonstances[1]. Ceci n'est qu'une conséquence du principe général posé aux art. 36 et 37, et tout se réduit à des questions de fait. Mais la société peut-elle être obligée par les actes d'un associé autorisé à la représenter, même lorsqu'ils n'ont pas été faits sous la *signature sociale ?* Evidemment, pourvu que les tiers contractants effectuent la preuve que l'associé avait « l'intention d'agir » pour la société. En réalité, l'art. 563 n'exige nullement la signature sociale ; si elle a été donnée, ce sera à la société qu'incombera la preuve du fait que l'opération était étrangère au but social et que les tiers contractants étaient de mauvaise foi ; s'ils étaient de bonne foi, la société sera tenue même en vertu d'actes conclus sans la signature sociale et qui ne rentreraient pas dans le but de la société, à condition qu'ils aient été faits au nom de cette dernière par un associé autorisé à la représenter (voir toutefois le n° ci-après).

755. N'oublions pas que des *engagements de change* (même solution pour les *chèques)* doivent être contractés sous la signature sociale pour obliger la société (cfr. art. 722, chif. 5, 730, 739, 825, chif. 5, 830, chif. 5).

SECTION TROISIÈME

De la responsabilité des associés et des droits tant des créanciers sociaux que des créanciers personnels.

§ 1. *A l'égard des créanciers sociaux.*

756. Les créanciers sociaux ont, avant tout, le droit de poursuivre la société en justice, de provoquer sa faillite, de faire saisir et vendre ses biens. Ils sont même fondés à réclamer, à l'exclusion des créanciers personnels des associés, le paiement de ce qui leur est dû sur le prix de ces biens. C'est donc l'avoir social qui garantit, en première ligne, les créanciers de la société ; les associés ne sont que subsidiairement, quoique solidairement, responsables, et sur toute leur fortune, des engagements de l'association. Tout ceci n'est pas dit *expressis verbis* par la loi, mais résulte de l'examen de l'art. 564, dont la teneur suit : *Les associés sont tenus, solidairement et sur tous leurs biens, des engagements de la société. — Toute clause contraire est nulle et de nul effet à l'égard des tiers.*

[1] *A. T. F.* XIV, 325.

— *Néanmoins on ne peut rechercher un associé personnellement à raison d'une dette sociale que lorsque la société a été dissoute ou qu'elle a été l'objet de poursuites restées infructueuses.* Cette responsabilité très étendue des associés eux-mêmes, qu'ils représentent ou ne représentent pas la société [1], est l'un des caractères primordiaux de la société en nom collectif dans sa forme actuelle ; elle offre d'assez graves inconvénients, et l'on voit, à chaque instant, des sociétés en nom collectif qui, pour soustraire leurs membres à cette responsabilité, se métamorphosent en sociétés par actions au risque d'adopter une organisation qui ne cadre nullement avec l'importance ou la nature de l'entreprise sociale. Le législateur s'est ému de cet état de choses, mais il n'a pu encore se décider à rompre avec la notion traditionnelle de la société en nom collectif. Sans doute, le développement pris par l' « association », la *Genossenschaft*, et les restrictions que cette institution permet d'apporter à la responsabilité individuelle des associés (cfr. notre art. 688), servent à certains égards de correctif aux règles très étroites dans lesquelles la société en nom collectif est condamnée à se mouvoir. Toujours est-il qu'on sera forcé d'innover plus radicalement encore dans ce domaine et de s'arrêter peut-être à la « société à responsabilité personnelle limitée », où les associés ne seraient pas obligés au delà de leur apport rendu public et où les créanciers sociaux acquerraient des droits très importants en vue de garantir leur recours sur cet apport [2]. Mais tout ceci est une question de pure théorie et d'avenir (voir, en outre, nº 802 *ter*).

Nous pouvons remarquer que l'élément individuel joue un grand rôle dans la société en nom collectif, bien que celle-ci forme une unité juridique envers les tiers. Assurément les dettes de la société se paieront avant tout sur l'actif social, mais les associés en demeurent tenus, entre eux pour leur part et portion, et solidairement envers les créanciers sociaux. Aussi longtemps que la société est debout, c'est elle qui est débitrice, puisqu'elle est une personne morale capable de s'obliger ; effectivement, tous les actes dont sont nées des obligations pour elle, ont été passés par elle, soit en son nom et pour son compte. Et ceci s'entend non seulement des obligations découlant d'un contrat ; elle est liée également par les obligations dérivant de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits (cfr. art. 62). Il semble, en conséquence, que l'associé ne devrait être exposé à des poursuites de la part des créanciers sociaux, que lorsque la société est en faillite, car, une fois la société en faillite, la fiction de son unité juridique disparaît et les associés représentent désormais cette unité évanouie. En droit commercial allemand, les créanciers ont

[1] *A. T. F.* XV, 423, XVII, 135 (ce dernier arrêt constate, en outre, que toutes clauses dérogatoires ne sont pas opposables aux tiers).

[2] *Speiser,* l. c. 338 et s.

le choix de s'adresser à la société ou aux associés individuellement. Notre Code n'a point suivi ce système ; ou plutôt il l'a mitigé, en se rangeant au système de la jurisprudence française et du droit zurichois qui, plus favorable aux associés, les traite non comme s'ils étaient des cautions solidaires, mais des cautions simples de la société (cfr. art. 493). Ils ne peuvent être recherchés à raison d'une dette sociale, que si l'un ou l'autre des deux faits suivants s'est produit :

1° *dissolution de la société*, par suite de l'une ou de l'autre des causes énumérées à l'art. 545 (cfr. art. 572 et s.), — sauf les cas, bien entendu, où la société serait continuée et ne se trouverait pas en état de faillite. Mais l'associé peut être recherché personnellement à raison des dettes sociales, *dès que* la société est dissoute, encore que sa liquidation ne soit point terminée et quelle que soit la phase de liquidation dans laquelle elle se trouve[1]. Quant à la seule cessation de paiements, non suivie de déclaration de faillite, elle ne suffit point à permettre aux créanciers sociaux d'actionner individuellement les associés[2]. L'associé, d'autre part, qui a négligé de faire inscrire la dissolution de la société au registre du commerce ne saurait se prévaloir de cette irrégularité pour prétendre que, la société n'ayant pas été régulièrement dissoute, il ne peut être recherché personnellement à raison d'une dette sociale[3] ;

2° *la faillite de la société*, — il ne peut plus être question de « poursuites restées infructueuses », sous le régime de L. P. (voir ad art. 574), — mais la faillite est, elle aussi, une cause de dissolution.

757. Lorsque l'un ou l'autre de ces deux faits s'est produit, les associés sont individuellement exposés au recours des créanciers sociaux. En acceptant la forme de la société en nom collectif, ils ont consenti à être tenus *solidairement* (cfr. art. 162 et s.) et sur *tous leurs biens*, puisque la responsabilité solidaire et intégrale est de l'essence même de notre société en nom collectif. Les associés-gérants sont, à ce point de vue, dans la même situation que les autres ; et, malgré MM. Schneider et Fick, il en est de même, dans les limites où ils sont responsables (voir n° 758 *in fine)*, à l'égard des associés qui se sont retirés ou qui ont été exclus, car, ainsi que l'explique fort bien M. Hafner, la société est obligée en tout premier lieu, tant qu'elle offre la surface voulue par la loi, et il n'est pas de raison de traiter les associés sortants ou exclus avec plus ou moins de rigueur que les autres en ce qui concerne les dettes sociales dont ils ont à répondre.

[1] *R. j. f.* II, 52, III, 103, 221,
[2] *R. j. f.* IV, 26.
[3] *J. d. T.* XXXIX, 436.

Nous avons dit que la solidarité était de droit pour les associés en nom collectif. Les auteurs ne sont toutefois pas d'accord sur un point : cette solidarité peut-elle être écartée par une clause formelle, insérée dans les statuts et dûment publiée ? Ceux qui admettent la faculté de déroger aux dispositions légales sur la solidarité, invoquent essentiellement le principe de la liberté des conventions. Mais notre loi s'est résolument placée sur un autre terrain ; aussi l'art. 564 nous enseigne-t-il que toute clause restreignant ou excluant la solidarité des associés est nulle absolument à l'égard des tiers, que ceux-ci l'aient connue ou non, peu importe. Elle a établi certains types de sociétés, dans ses titres XXIV et suivants, dont il est défendu de modifier conventionnellement les éléments fondamentaux, qui sont, en quelque sorte, d'ordre public ; la responsabilité solidaire des associés dans la société en nom collectif est l'un de ces éléments, car, sans cette responsabilité solidaire, il n'y a plus de société en nom collectif.

Il n'est pas nécessaire, pour que les associés soient obligés solidairement, que les engagements aient été pris sous la signature sociale (cfr. art. 553 et 561). Les associés recherchés peuvent opposer, d'autre part, toutes les exceptions appartenant à la société comme aussi celles qui leur sont personnelles. Il faut reconnaître en outre, avec la jurisprudence allemande, que les décisions ou jugements rendus contre la société elle-même n'autorisent pas les créanciers sociaux qui les ont obtenus à exécuter directement ces décisions ou ces jugements contre les associés, mais ceux-ci ne peuvent plus opposer que des exceptions personnelles ou fondées sur des rapports juridiques particuliers existant entre eux et les créanciers, et non plus les exceptions qui appartenaient à la société, que celle-ci a négligé de faire valoir ou dont elle a été déboutée. Si, en revanche, une demande formée contre la société par un créancier a été rejetée, l'associé individuellement actionné peut exciper *de re judicata*.

758. Il nous reste à examiner une question : Quelle est la responsabilité de *celui qui entre* dans *une société existante ?* Le Code de com. allem. et le Code civ. zurichois statuent que le nouvel associé est tenu solidairement de toutes les obligations contractées par la société avant qu'il en ait fait partie. Bluntschli a justifié cette solution en ces termes : « La raison sociale symbolise la persistance de l'être collectif, et tous les individus qu'il englobe doivent être tenus comme l'être collectif lui-même et assujettis à la même responsabilité ». Si ces considérations sont contestables, la responsabilité de chaque associé étant personnelle de sa nature, il n'en est pas moins vrai que le principe consacré par les deux Codes précités se recommande par des raisons pratiques. Le crédit de la société en est accru et les créanciers sociaux ne courent pas le danger de

ne plus avoir, à un moment donné, que des associés sortis comme garants de leurs créances sociales. Cette règle, d'après laquelle le nouvel associé est obligé à l'égal de tout autre relativement aux dettes antérieures à son entrée, est posée comme immuable dans les législations allemande et zurichoise. M. Munzinger ne voulait, dans son projet (art. 73), établir qu'une présomption dans ce sens ; mais, après de longues discussions, on résolut d'adopter la solution la plus rigoureuse pour les nouveaux associés qui, avant d'entrer dans une société en nom collectif déjà constituée, feront bien de se renseigner très exactement sur sa situation financière.

L'art. 565 dispose dès lors : *Celui qui entre comme associé en nom collectif dans une société de cette nature, déjà existante, est tenu solidairement même des dettes de la société antérieures à son entrée, que la raison sociale ait ou non subi une modification* (à condition que l'ancienne société n'ait pas été dissoute et qu'une nouvelle n'ait point pris sa place, car l'associé entrerait non pas dans une « société déjà existante », mais dans une société différente, qui ne serait pas tenue, à moins de convention spéciale, des dettes de l'autre). — *Toute clause contraire est nulle et de nul effet à l'égard des tiers.* Il va sans dire que l'art. 565 ne vise point le cas d'une personne qui s'associe en nom collectif avec un négociant — hypothèse dans laquelle les dettes de ce dernier seraient supportées par lui seul, — mais de l'entrée dans une société déjà formée et non dissoute. La nullité des clauses contraires à l'art. 565, al. 1, est aussi radicale que celle de l'art. 564, al. 2.

Nous n'avons pas de dispositions particulières dans la loi relativement à la *sortie* (volontaire ou forcée) d'un associé. Mais un principe tout naturel veut que l'associé sorti soit tenu de toutes les dettes sociales contractées antérieurement à l'époque à partir de laquelle il est devenu légalement étranger à la société (cfr. art. 586, al. 1, voir n° 769 *in fine*), et cela jusqu'à ce qu'il en ait été déchargé d'une manière quelconque, ou jusqu'à ce que ces dettes se soient éteintes par paiement, prescription (cfr. art. 585 et s.), etc.

759. Les art. 566 à 568 (cfr. art. 39 § 2 et 218 L. P., — ce dernier article ayant remplacé l'art. 167 C. O. ; voir n° 201) régissent la matière de la *faillite* de la société en nom collectif et notamment l'ordre dans lequel les droits des créanciers sociaux, des associés et des créanciers personnels de ceux-ci peuvent s'exercer sur les biens de la société déclarée en état de faillite. Cette question est assez importante pour que nous en exposions sommairement l'historique et les généralités. Trois grands systèmes ont été proposés aux fins de la régler :

1° Le *système ancien ou de droit commun*, qui n'est pas complètement abandonné et d'après lequel il n'y a pas de faillite de la société, mais seulement de chacun des associés. L'actif de chacun

de ces derniers, comprenant sa fortune particulière et sa part dans l'avoir de la société, sert à payer à la fois les dettes sociales et ses dettes personnelles. Il n'existe ici de privilège, ni en faveur des créanciers sociaux sur les biens de la société, ni au profit des créanciers personnels de l'associé sur les biens de leur débiteur. Le principal inconvénient de ce système réside dans les difficultés que l'on rencontre pour déterminer la part de chaque associé dans la société. Ainsi que l'a fait observer M. Munzinger, cette fixation de parts est surtout embarrassante lorsque, parmi les associés, les uns ont un actif, les autres un passif dans la société. Il est, par exemple, absurde de partager également le fonds social entre un associé dont l'actif est de 10000 fr. et un autre associé dont les apports ont été absorbés en totalité par sa contribution aux dettes, par ses prélèvements, et qui n'a plus rien dans la société. Le résultat d'un semblable partage porterait un préjudice énorme aux droits des créanciers particuliers du premier associé, en favorisant à l'excès les créanciers du second. Un négociant glaronnais, M. Trümpi, avait imaginé, au cours de la discussion (en 1862) d'un projet de loi concernant la faillite des sociétés, de procéder comme suit afin d'éviter une injustice aussi évidente : La masse de chaque associé aurait prélevé l'actif de celui-ci dans la société, et ce qui serait resté du fonds social n'aurait été, qu'après ce prélèvement, partagé entre les masses des divers associés. Les Chambres fédérales rejetèrent ce système, pour se ranger à celui de la jurisprudence française, conforme d'ailleurs aux prescriptions du Code de com. allem. et du Code civ. zurichois.

2° Le *système anglais*. D'après ce système, il y a non seulement faillite de la société, mais la masse sociale et celle de chaque associé doivent être séparées l'une de l'autre d'une manière si complète, que les créanciers de la société sont payés par privilège sur la masse sociale, et les créanciers particuliers par privilège également sur les biens personnels des associés. On lui reproche de fausser le caractère de la société en nom collectif, en diminuant la responsabilité de chaque associé, puisque la loi attribue aux créanciers particuliers un privilège sur les biens personnels et sacrifie ainsi les intérêts des créanciers sociaux pour le solde non acquitté de leurs créances dans la liquidation de la société. En un mot, il y a incompatibilité entre ce système et la notion courante elle-même de la société dont nous traitons.

3° Enfin, le *système français*, qui a passé dans le Code de com. allem. et qui est celui de notre loi.

760. D'après ce système, l'avoir social forme un tout distinct, aussi bien dans les rapports des associés entre eux que dans leurs rapports avec les tiers. Chaque associé peut, en conséquence, devenir créancier ou débiteur de la société ; en cas de faillite sociale, la

créance d'un associé contre la société fait partie de son avoir en restant dans le passif de l'association, et vice-versa. La faillite sociale, d'un autre côté, n'entraîne pas de plein droit la faillite particulière de chacun des associés (cfr. art. 575). Au demeurant, les créanciers de la société sont payés sur la masse sociale avant les créanciers personnels des associés : cfr. art. 218 L. P.

L'art. 566 dispose : *En cas de faillite de la société en nom collectif, les créanciers de la société sont payés sur ses biens à l'exclusion des créanciers personnels des différents associés.* Et nous lisons à l'art. 567 : *Les associés en nom collectif ne sont pas admis à concourir dans la faillite de la société pour le montant de leurs apports, mais ils peuvent faire valoir comme tous autres créanciers les créances qu'ils ont contre la société à quelque autre titre que ce soit,* — comme bailleurs, vendeurs, prêteurs, etc. Tout ce système est basé sur le fait que la société en nom collectif est douée de personnalité. En entrant dans une semblable société, le sociétaire se dépouille en faveur de celle-ci de la propriété de son apport, sur lequel ses créanciers particuliers comme luimême perdent tout droit, en ce sens du moins que l'apport se confond avec le surplus de l'avoir social. Pourvu que l'associé n'agisse pas *in fraudem creditorum*, il est libre de disposer de ses biens dans le but qui lui paraît le plus convenable, et, entre autres, de les verser dans une société. Il en résulte que la masse sociale est destinée avant tout à désintéresser les créanciers sociaux, qu'en cas de faillite sociale les associés ne peuvent intervenir pour le montant de leurs apports, mais qu'ils ont la faculté de produire, comme tous autres créanciers sociaux, les droits qu'ils ont à d'autres titres contre la société. On a vivement critiqué la théorie de notre Code, en lui reprochant : de partir d'une hypothèse erronnée, la volonté de l'associé de se dépouiller de son apport ; de consacrer une iniquité flagrante envers les créanciers personnels des associés ; d'exagérer le caractère de personne juridique conféré par la loi à la société en nom collectif ; de sacrifier encore les droits de l'épouse, etc. Ces griefs ne sont pas fondés. Il doit être admis que la société en nom collectif est un être juridique indépendant de la personne des associés. Elle a une vie propre, acquiert et s'oblige pour et par ellemême. Il est donc logique de décider que l'avoir social appartiendra d'abord aux créanciers sociaux ; les créanciers particuliers des associés n'ont aucun droit sur la masse sociale, tant qu'il reste des créanciers sociaux non remboursés, puisqu'en fin de compte les apports des associés — nous entendons ici la *Kapitaleinlage* des Allemands — ont passé en propriété à la société et ne peuvent leur revenir que sous déduction des dettes sociales qui les grèvent. Et puis, les associés étant indéfiniment responsables, il est tout naturel, comme nous le verrons à l'art. 568, que les créanciers sociaux concourent avec les créanciers particuliers sur les biens personnels

de leurs débiteurs, soit les dits associés (cfr. art. 568 et 167). Admettre une solution différente, sans transformer complètement la société en nom collectif, équivaudrait à compromettre, sinon à ruiner, le crédit de ces associations. Le système de notre loi est d'ailleurs infiniment plus pratique et plus simple que tous ceux qui lui ont été opposés.

Si nous cherchions à condenser les résultats acquis, nous constaterions ceci :

1° Les créanciers sociaux sont, en droit fédéral, colloqués sur la masse sociale par privilège, antérieurement aux créanciers personnels des associés (cfr. art. 569).

2° Les associés ne peuvent réclamer leurs apports, mais bien leurs créances, dans la faillite de la société. Si des apports avaient été frauduleusement distraits de la masse sociale, ils pourraient y être réintégrés par les soins de la masse, et celle-ci aurait de même le droit de faire rentrer les apports promis et non effectués, ou effectués en partie seulement. Car, si la société en nom collectif peut exister, sans que des apports proprement dits aient été promis, ces apports confèrent à la masse, lorsqu'ils ont été promis, la faculté d'en exiger la remise intégrale en cas de faillite sociale (cfr. art. 603, al. 3), la masse y ayant acquis un droit comme substituée désormais, juridiquement, à la société elle-même. Mais, de ce qu'un associé ne saurait être tenu (cfr. art. 557, al. 3) de compléter, envers la société, son apport réduit par des pertes, il semble résulter, ou mieux, il résulte que la masse n'est pas autorisée à demander aux associés, directement ou par la voie de la compensation, le montant des parts de pertes dont ils peuvent être grevés dans les livres de la société.

3° En dernier lieu, comme le prescrit l'art. 568 : *Lorsque les biens de la société sont insuffisants pour désintéresser complètement ses créanciers, ceux-ci ont le droit de poursuivre le paiement du solde de leurs créances sur les biens personnels de chacun des associés, en concurrence avec les créanciers particuliers de ces derniers.* Les créanciers sociaux peuvent donc, dans les faillites respectives de la société et des associés, intervenir pour le montant intégral de leurs créances, selon l'art. 167 (cfr. cependant art. 216 à 218 L. P.), puisque société et associés sont leurs codébiteurs solidaires. Si un créancier social avait omis de produire, lors de la liquidation de la société, il ne serait pas déchu pour autant du droit de réaliser sa créance contre les associés individuellement ; mais il faudrait vraisemblablement décider, comme en Allemagne, qu'il ne peut faire valoir cette créance que jusqu'à concurrence du solde qui lui serait resté dû s'il avait produit.

Comme les créanciers sociaux peuvent, aussitôt la faillite de la société déclarée, réclamer aux associés la totalité de leurs créances

(cfr. art. 564), la faillite sociale entraîne à l'ordinaire celle des associés. Faisons observer encore que la *créance de la femme* constitue une dette particulière de l'associé et qu'elle est traitée comme telle ; elle n'est donc colloquée ni avant, ni avec les créanciers sociaux sur les biens de la société.

§ 2. *A l'égard des créanciers particuliers des associés.*

761. Nous avons déjà plus ou moins empiété sur cette matière, en commentant les art. 566 à 568. En cas de faillite de la société en nom collectif, les créanciers personnels des associés n'ont absolument rien à prétendre, puisque l'actif social est réparti tout d'abord entre les créanciers sociaux. Si, par un heureux mais improbable hasard, la faillite sociale se liquidait avec un excédent actif, il reviendrait naturellement aux associés suivant leurs droits.

Mais quelle est, pendant la durée même de la société, la situation des créanciers particuliers à l'égard de l'avoir social ? On la devine aisément, notre loi envisageant la société comme un être moral distinct des associés et sa fortune comme un ensemble de biens distinct aussi du patrimoine de ces derniers. L'avoir social est l'élément de vie de la société. Sans lui, pas ou peu de crédit, et impossibilité plus ou moins absolue d'atteindre le but social. Les associés ont abandonné la propriété de leurs apports à la société — si tant est qu'ils en aient fait, l'apport n'étant pas, on le sait, nécessaire pour la constitution mais fort utile pour la marche de la société en nom collectif ; — celle-ci en dispose librement par ses gérants. Dès lors, nous apprend l'art. 569 : *Les créanciers personnels d'un associé n'ont, pour se faire payer ou pour obtenir des sûretés, aucune action sur les biens, créances ou droits compris dans l'actif social. — Ils ne peuvent procéder à une saisie ou à tel autre acte d'exécution* (cfr. art. 574, où nous verrons que ceci est modifié depuis le 1er Janvier 1892[1]) *que sur les intérêts, honoraires et bénéfices auxquels leur débiteur a droit dans la société, ou sur la part qui lui revient dans la liquidation.* Ainsi les créanciers personnels des associés ne peuvent se récupérer d'aucune manière tant que la société n'est pas liquidée, et, en cas de faillite tant que les créanciers sociaux n'ont pas été désintéressés, sur une partie quelconque de l'avoir social proprement dit. Les seuls biens ou

[1] Les membres d'une société en nom collectif ne sont passibles que de la *poursuite par voie de faillite* (art. 39, chif. 2, L. P.), même pour leurs dettes particulières (*Reichel*, 46). — L'art. 569, al. 2, n'est toutefois pas abrogé ; il s'appliquerait, c'est-à-dire que la poursuite par voie de saisie pourrait être introduite, contre des associés en nom collectif, lorsque, soit eux-mêmes, soit la société, ne seraient pas inscrits au registre du commerce (voir nos 739 et 766, chif. 2).

droits sur lesquels ils pourront se faire payer sont, outre la fortune particulière :

1° les *intérêts, honoraires* ou *bénéfices,* si leur débiteur est en droit d'en prétendre, car ces sommes constituent des dettes de la société envers les associés, pour autant qu'elles n'ont pas été destinées à l'augmentation des apports en vertu de l'art. 557, al. 1, et qu'elles ne sont pas devenues des apports ;

2° la *part de l'associé dans la liquidation* de la société, sans que, d'ailleurs, cette liquidation puisse être provoquée par les créanciers particuliers, lorsqu'il n'existe pas une cause légale de dissolution (cfr. art. 545, 548, 549, 572, al. 2), si ce n'est dans les circonstances et sous les conditions prévues à l'art. 574 ;

3° les *créances de l'associé contre la société,* ainsi que la *nue-propriété des apports en jouissance* faits par lui à la société. Mais les créanciers particuliers ont la faculté de poursuivre le recouvrement de leurs créances sur les biens personnels de l'associé et sur les droits énumérés ci-dessus par toutes les voies d'exécution de la loi, faillite, séquestre, etc.

Voir encore, et tout spécialement, n° 766, chif. 2.

762. L'art. 570 renferme cette disposition qui, à première vue, paraît assez obscure : *Le créancier personnel qui a sur les biens de l'un des associés un droit de préférence ne peut le faire valoir que dans le sens de l'alinéa 2 de l'article précédent.* Ces mots « droit de préférence » — *Vorzugsrecht* — sont beaucoup trop vagues ; ils se rapportent assurément non pas aux hypothèques, privilèges, droits de gage spéciaux qui n'affectent que des choses parfaitement déterminées, mais aux *privilèges généraux* pesant, soit sur tous les immeubles comme les hypothèques légales ou judiciaires du C. civ. fr., soit sur tous les meubles et immeubles du débiteur (cfr. art. 219 L. P.). S'il y avait faillite de la société, les créanciers sociaux seraient payés avant le créancier particulier investi d'un « droit de préférence », parce que ce droit général ne saurait grever des biens appartenant non point à l'associé, mais à la société ; c'est seulement après liquidation, et s'il revient une part à l'associé, que cette part rentre dans l'avoir personnel de ce dernier. Quant aux droits de préférence *spéciaux,* les créanciers personnels peuvent les faire valoir, en vertu du droit de suite qui les complète, et pour autant que celui-ci n'est pas perdu, sur la chose affectée à la garantie de leurs créances. Supposons que j'entre dans une société en nom collectif et que j'y apporte un immeuble grevé d'une hypothèque de 10,000 fr. au profit de X., mon créancier. Ce dernier, quoique mon créancier personnel seulement, pourra exercer son action hypothécaire contre l'immeuble grevé qui se trouve entre les mains d'un tiers détenteur, — la société.

768. Il nous sera permis d'expliquer ici, faute de pouvoir lui assigner une place plus convenable, la disposition ainsi conçue de l'art. 571[1] : *Le débiteur de la société ne peut opposer la compensation de ce que lui doit l'un des associés personnellement. — De même, l'un des associés ne peut opposer la compensation de ce que son créancier doit à la société. — Toutefois, un créancier de la société qui est en même temps débiteur de l'un des associés peut opposer la compensation à ce dernier dans les cas prévus à l'article 564, alinéa 3* (c'est-à-dire, lorsqu'il est autorisé à actionner directement l'associé, la société étant dissoute ou ayant été en butte à des poursuites infructueuses). Nous trouvons ici une nouvelle preuve du fait que notre Code a vraiment conféré la personnalité juridique à la société en nom collectif. En effet, l'art. 131 prescrivant que la compensation n'a lieu qu'entre personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, l'art. 571 nous montre, qu'en matière de compensation tout spécialement, il ne faut point confondre la société avec les associés. Eclairons par quelques exemples les diverses hypothèses de l'art. 571 :

1° *Cas du 1er alinéa*. X., débiteur de 1000 fr. d'une société en nom collectif composée de A. et B., est en même temps créancier de celui-ci pour une somme de 1000 fr. B. ou A., peu importe, le poursuit au nom de la société ; X. ne peut opposer la compensation, car il est créancier, non point de sa créancière, la société, au nom de laquelle il est poursuivi, mais de B. personnellement.

2° *Cas du 2me alinéa*. X., créancier de l'associé A. pour 1000 fr., le poursuit. A. oppose l'exception de compensation, en se fondant sur ce que son créancier X. est débiteur d'un montant égal envers la société. Cette exception ne sera pas accueillie, car X. n'est pas débiteur de son débiteur, mais de la société, être moral distinct de la personne même des associés.

3° *Cas du 3me alinéa*. X. est créancier de la société pour 1000 fr.; elle est dissoute. Mais il est, à ce moment, recherché par B., membre de cette société, auquel il doit effectivement 1000 fr. Il pourra exciper du chef de la compensation, puisqu'en l'occurence X. fera valoir ses droits non plus contre la société, mais personnellement contre l'associé B. qui est devenu son débiteur particulier (cfr. art. 564, al. 3) ; en conséquence, l'art. 131 est applicable. De même, l'associé recherché personnellement par un créancier social, pourrait opposer la compensation s'il était lui-même créancier du poursuivant.

On s'est demandé si le débiteur d'une société dissoute, poursuivi

[1] *R. j. f.* XI, 73 et s. (une dette de la société peut être compensée avec une créance des associés, par la société, du consentement de tous ses membres, — l'art. 571 devant être interprété limitativement).

par le liquidateur, pouvait opposer la compensation avec ce qui lui est dû par un associé. On a répondu négativement, et avec raison. Non seulement, on jetterait, en adoptant la solution contraire, le trouble dans la liquidation et compromettrait l'égalité entre les associés; mais la société dissoute ne se confond pas encore, aussi longtemps que la liquidation et le partage n'en sont pas terminés, avec la personne même des associés (cfr. art. 573, al. 1).

Il va sans dire, au surplus, que pour être susceptibles de compensation, les créances mentionnées à l'art. 571, al. 3, doivent satisfaire aux conditions posées par les art. 131 et s. Il se peut, en outre, que, dans les cas des 1er et 2me alinéas de notre article, la compensation soit opposable, si la société s'était chargée de la dette de l'associé (cas du 1er al.), ou si la société avait cédé sa créance à l'associé (cas du 2me al.).

Notons encore que l'art. 571 n'a trait qu'à la compensation *légale;* la compensation peut se faire *conventionnellement* même lorsque le dit texte la défend, pourvu que l'associé qui l'a consentie ait été en droit de l'accepter (cfr. art. 561, 563).

764. Nous insistons de nouveau sur l'art. 218 L. P., en considération des cas dans lesquels la société en nom collectif et un associé se trouvent simultanément en état de faillite et où l'un des associés tombe en faillite sans qu'il y ait faillite de la société.

CHAPITRE IV

De la dissolution de la société et de la retraite de quelques-uns des associés.

SECTION PREMIÈRE

De la dissolution de la société.

765. Les *causes* de dissolution de la société en nom collectif sont, sous réserve de quelques particularités et notamment des cas des art. 572, al. 1, et 574, les mêmes que celles de la société simple. C'est ce que dit expressément l'art. 572 : *La société en nom collectif est dissoute par la faillite. — On applique d'ailleurs à la dissolution de la société en nom collectif les règles établies pour la société*

simple par les articles 545 à 551, en tant qu'elles ne sont pas modifiées par les dispositions des articles suivants. Nous avons, en réalité, deux causes nouvelles de dissolution : *la faillite de la société* et la « *saisie faite contre la part d'un associé* » en vertu de l'art. 574. La faillite d'un *associé* (cfr. art. 573, al. 2) n'est pas ici, comme dans la société du titre précédent, un motif pour que la dissolution s'opère de plein droit (voir n° 766, chif. 2). Enfin, la *retraite* et l'*exclusion* d'un associé sont soumises à des règles spéciales ; voir section suivante. Disons encore que la société dissoute continue à exister pour les besoins de sa liquidation, et que la dissolution ne modifie en rien les droits des créanciers sociaux envers la société[1].

766. Reprenons les deux causes nouvelles de dissolution signalées plus haut :

1° *Faillite de la société.* La société en nom collectif est exposée, relativement à l'exécution des obligations qu'elle contracte, aux mêmes conséquences qu'un simple particulier (cfr. art. 38, 39, 159 et s. loi féd. sur la pours. pour dettes). L'art. 573 porte en outre : *La faillite de la société en nom collectif peut être déclarée même après la dissolution*[2], *tant que le partage n'est pas terminé* (al. 1), — c'est-à-dire aussi longtemps qu'il existe encore de l'avoir non réparti. La société dissoute continue à vivre de sa vie propre et conserve les attributs essentiels d'une personne juridique jusqu'au partage, jusqu'à ce qu'elle soit éteinte de fait. On conçoit dès lors que, même dissoute, une société puisse être mise en faillite. Mais, ajoute l'art. 573, al. 2 : *La faillite de la société n'entraine pas de plein droit la faillite personnelle des associés. De même, la faillite de l'un des associés n'entraine pas de plein droit celle de la société.* Que la faillite de la société n'emporte point par elle-même la faillite personnelle des associés, nous le comprenons sans peine, bien que, la plupart du temps, l'une doive suivre l'autre à raison de la responsabilité solidaire des associés sur tous leurs biens. Il arrivera cependant que, la société faillissant, les associés demeureront debout, et il n'y a aucun motif juridique ou autre pour qu'il n'en soit pas ainsi dans le système du C. O. Ce qui est moins intelligible, ce qui paraît contraire à la logique, c'est que l'art. 573 *in fine* prescrive que « la faillite de l'un des associés n'entraîne pas de plein droit celle de la société ». Comment, dans un contrat de confiance personnelle comme celui de la société, la faillite qui enlève à un associé la libre disposition de ses biens, qui ruine son cré-

[1] *J. d. T.* XLVII, 88 (arrêt du T. F., du 12 Nov. 1898).

[2] *R. j. f.* VII, 70 ; cfr. *Revue judiciaire*, XI, 168. — La soc. en nom collectif peut conclure un *concordat* (*Archiv für Schuldbetreibung*, IV, n° 5 ; idem, *Reichel*, 463, note 2).

dit, n'entraînerait pas celle de la société ? Il serait difficile d'approuver le législateur, si ce principe ne trouvait son correctif dans l'art. 577. Il y aura lieu, au demeurant, de faire entrer dans la masse en faillite d'un associé ses droits dans la société et ceux qu'il a contre elle (cfr. art. 569) ; la société pourra intervenir, de son côté, pour ce que l'associé lui doit, en particulier, pour l'apport promis qu'il ne lui aurait pas transféré en tout ou en partie.

2° *Saisie faite de la part sociale d'un associé.* C'est ici une consécration du droit accordé aux créanciers personnels par les art. 569 et 570. Mais, comme on l'a vu ad art. 569 (n° 761), la loi du 11 Avril 1889 ne permet plus de parler de « saisie faite sur la part sociale d'un associé », et, alors même que la société ou tel associé ne serait pas encore inscrit au registre du commerce, les créanciers n'auraient qu'à requérir l'inscription pour que la poursuite par voie de faillite pût et dût être la seule applicable. Nous allons donc donner le texte de l'art. 574, en indiquant entre parenthèse la forme nouvelle qu'il devrait recevoir : *Le créancier de l'un des associés, qui a inutilement poursuivi celui-ci sur ses biens personnels et qui, aux termes de l'article 569, alinéa 2, a fait procéder à une saisie ou à tel autre acte d'exécution sur la part qui reviendra à son débiteur dans la liquidation* (il faudrait dire désormais : « La masse d'un associé déclaré en état de faillite » peut, etc.) *peut, après un avertissement donné au moins six mois à l'avance, exiger la dissolution de la société, que celle-ci soit d'une durée limitée ou illimitée. — Mais, tant que la dissolution n'est pas accomplie, la société ou les autres associés peuvent, en désintéressant le créancier, prévenir l'effet de cet avertissement,* — c'est-à-dire la dissolution. En demandant la faillite de l'associé, puisqu'ils ne peuvent plus, par la voie de l'exécution forcée, mettre la main que de cette manière sur la part sociale de leur débiteur, — les créanciers particuliers ont trois chances en leur faveur : ou bien la dissolution de la société s'ensuivra, la liquidation aura lieu et la part de l'associé (s'il y a un excédent actif de liquidation) tombera dans la masse de ce dernier ensorte qu'ils pourront, le cas échéant, se récupérer en tout ou en partie ; ou bien les autres associés, effrayés par une menace de dissolution, s'empresseront d'user de la faculté que leur accorde l'art. 574, al. 2 ; ou bien encore, ils excluront leur coassocié (cfr. art. 577, al. 1) et sa part sociale, qui sera liquidée, fera désormais retour à sa masse personnelle pour servir de gage commun à ses créanciers. L'application de l'art. 574 aura généralement la faillite sociale comme conséquence ; on observera, quant aux droits respectifs des créanciers sociaux et particuliers, les art. 564 et s. Néanmoins la faillite sociale n'est pas une suite inévitable du fait que la masse en faillite d'un associé invoquera l'art. 574 ; la masse de l'associé failli pourra être substituée à l'associé lui-même dans la société, ou les autres associés recourront au 2me

alinéa du dit article, ou à l'art. 577, al. 1, ou enfin la dissolution intervenue après l'expiration du délai d'avertissement de six mois sera suivie d'une liquidation amiable.

767. Les *effets* de la dissolution sont, dans la société en nom collectif, les mêmes que dans la société simple. Nous y reviendrons encore au chapitre suivant consacré à la « liquidation de la société ».

SECTION DEUXIÈME

De la retraite et de l'exclusion de quelques-uns des associés.

768. Les statuts peuvent déterminer (cfr. art. 545, chif. 6, 546) que la société ne sera point dissoute par la retraite de l'un des associés. Il peut être convenu aussi, lorsque la société se compose de deux associés seulement, qu'en cas de retraite de l'un, l'autre continuera pour son compte l'entreprise sociale, dans le sens de l'art. 577, al. 2. Il peut être enfin arrêté, dans le contrat, que ni la mort, ni l'interdiction, ni la faillite de l'un des associés n'entraîneront la dissolution, mais que la société subsistera entre les associés restants, car le législateur n'intervient dans ce domaine qu'à défaut de stipulations des parties. Nous tenions à rappeler ceci, avant de donner le texte de l'art. 575, qui vise d'ailleurs les cas de *retraite volontaire* et *forcée* (cfr. art. 576 et s.) : *Si, avant la dissolution* (après, il ne pourrait plus être question que de fonder une société nouvelle), *il a été convenu que nonobstant la retraite d'un ou de plusieurs associés, la société continuerait entre les autres, celle-ci ne finit qu'à l'égard des associés sortants et continue entre les autres avec les mêmes droits et les mêmes obligations.* Cet article et les trois suivants supposent nécessairement une société composée de plus de deux associés. Si rien n'a été convenu avant la dissolution, la retraite d'un associé produit de plein droit son effet ordinaire, sauf les art. 576 et 577 (voir, entre autres, ce dernier texte, pour la *liquidation* des droits de l'associé sortant).

769. Quant à l'*exclusion*, nous lisons d'abord à l'art. 576 : *Lorsque le motif pour lequel la dissolution peut être demandée aux termes de l'article 547 se rapporte essentiellement à la personne de l'un des associés, l'exclusion de cet associé peut être prononcée sur la requête de tous les autres* (cfr. art. 578). Cet article s'applique également lorsque la société ne se compose que de deux associés ; mais alors la dissolution et la liquidation s'ensui-

vent naturellement [1]. Si l'exclusion est prononcée par le juge, à raison de « justes motifs » se rapportant personnellement à l'un des sociétaires, la société continue entre les autres aux mêmes conditions que du passé et la part de l'associé exclu est *liquidée* en conformité de l'art. 577. Les associés, pourvu qu'ils soient *tous* d'accord, ont donc le choix, s'ils ont de justes motifs de craindre que la société ne soit mise en péril par le fait d'un associé, de le faire exclure plutôt que de requérir la dissolution. Le juge a cependant la faculté de refuser l'exclusion, et si la dissolution, que les demandeurs sont libres de provoquer, a été réclamée éventuellement, de prononcer celle-ci de préférence à l'exclusion. L'art. 576 s'applique d'ailleurs au commanditaire (art. 611) — qui peut en être frappé et l'invoquer aussi — comme aux associés indéfiniment responsables [2].

Nous voyons en outre, à l'art. 577, que : *Si un associé est déclaré en faillite ou si l'un des créanciers personnels d'un associé fait usage du droit que lui reconnait l'article 574, les autres associés peuvent décider que cet associé devra se retirer et lui rembourser en espèces sa part dans l'avoir social* (al. 1). Ainsi que nous l'avons montré ad art. 574, la disposition ci-dessus transcrite ne saurait plus s'appliquer qu'à l'hypothèse de la déclaration de faillite d'un des associés suivie, ou non d'ailleurs, de l'avertissement dont mention en cet article. En ce qui concerne la liquidation de sa part sociale, on en fera sans doute l'évaluation en tenant compte de la situation financière de la société au moment où l'exclusion a été décidée ou prononcée (cfr. art. 576), soit au moment où la sortie a eu lieu dans le cas de l'art. 575. L'art. 577, al. 2 [3], prescrit, au surplus, en opposition au droit commercial allemand qui restreint le droit de continuer les affaires sociales aux associations formées d'au moins trois membres : *Si la société n'est composée que de deux associés, celui qui n'a pas donné lieu à la dissolution* (dans le sens de l'art. 577, al. 1) *peut, de la même manière, désintéresser son coassocié et continuer les affaires pour son compte personnel, en prenant à son compte la totalité de l'actif et du passif.* Il va de soi que, dans cette dernière éventualité, la société est dissoute et, qu'en particulier, les créanciers sociaux peuvent procéder selon l'art. 564, al. 3.

La teneur de l'art. 578 ne laisse pas de surprendre un peu : *Le juge peut en ordonner de même lorsqu'il y a eu, pour demander la dissolution, quelque autre motif se rapportant essentiel-*

[1] *H. E.* X, 249.

[2] *Zeitsch. des bern. J. V.* XLI, 21 (arrêt du T. F., du 17 Sept. 1904); cfr. *A. T. F.* XXX, 462 et s.

[3] *A. T. F.* XIII, 80 (reprise du passif et de l'actif par l'un des membres de la société dissoute, et droits des créanciers de celle-ci dans la faillite de l'associé).

lement à la personne de l'un des associés[1]. Voici vraisemblablement le cas prévu par la loi : Des associés demandent la dissolution pour d'autres motifs que ceux de l'art. 577, mais se rapportant essentiellement à la personne d'un sociétaire (cfr. art. 576, 547) ; le juge peut, au lieu de prononcer la dissolution qu'on lui demande, décider l'exclusion qu'on ne lui demande pas, car, si on la lui demandait, nous aurions déjà l'art. 576. Le législateur a voulu dire que la part sociale d'un associé exclu en vertu de l'art. 576 serait liquidée selon le mode tracé par l'art. 577, soit, qu'elle serait remise en espèces à l'associé dont il s'agit ou à sa masse, et que le juge pourrait autoriser les autres associés à continuer la société dans les termes de l'art. 575 *in fine*, ou l'associé restant à la continuer pour son compte personnel en conformité de l'art. 577, al. 2, si la société ne comprenait que deux associés.

769 *bis*. La *responsabilité* de l'associé sortant ou exclu envers les créanciers sociaux demeure entière malgré la sortie ou l'exclusion, aussi longtemps que la prescription ne s'en est pas accomplie (cfr. art. 585 et s.) et pour tous les engagements de la société antérieurs à l'inscription de la sortie ou de l'exclusion sur le registre du commerce.

SECTION TROISIÈME

Publicité de la dissolution, de la retraite, de l'exclusion, ainsi que de la continuation des affaires sociales.

770. La formation des sociétés en nom collectif devant être constatée par l'inscription au registre du commerce, il est naturel que leur dissolution doive également être rendue publique de la même manière, comme au reste toutes les modifications que peuvent avoir à subir les énonciations énumérées en l'art. 553. Aussi longtemps que les tiers n'ont pas été prévenus par le registre du commerce et la publication dans la *Feuille officielle* du commerce, que la société a pris fin, ils sont fondés à admettre qu'elle existe encore. Tous les modes de dissolution doivent, bien entendu, être inscrits, mais si l'inscription a lieu, en général, par les soins des intéressés, elle se fera d'office en cas de dissolution pour cause de faillite sociale (cfr. art. 176 L. P.). L'inscription a notamment une grande

[1] *A. T. F.* XXIV², 186 et s. (hormis les deux cas de l'art. 577, l'exclusion ne peut être prononcée que par un jugement).

importance pour la prescription des actions contre un associé à raison des dettes sociales (cfr. art. 585 et s.).

L'art. 579 dit en conséquence : *La dissolution de la société, la retraite ou l'exclusion d'un associé, ainsi que la continuation des affaires par l'un des associés, doivent être inscrites sur le registre du commerce. — Cette inscription doit être faite même dans le cas où la société a pris fin par l'expiration du temps pour lequel elle avait été constituée.* Il faut donc inscrire, outre ce qui a été mentionné aux art. 553, 554, 580, al. 3 :

1° la *dissolution,* quelle qu'en soit la cause (cfr. art. 580, al. 3) ;

2° la *retraite,* dans le cas de l'art. 575, l'*exclusion* dans les cas des art. 576 et s. ;

3° la *continuation des affaires sociales* par l'un des associés, dans l'espèce de l'art. 577 *in fine.*

771. La *forme* des demandes d'inscription, spécialement en ce qui concerne les personnes tenues de les faire, se règle d'après l'art. 554, al. 1. *Tous* les associés doivent les signer, sauf, comme il est raisonnable de le décider, les associés sortants ou exclus. Nous renvoyons, pour les *effets* de l'inscription, en dehors des art. 585 et s. déjà cités, aux art. 861 et 863. Le *défaut d'inscription* expose aux suites mentionnées par les art. 860, 861, al. 3, et 864. Nous rappelons encore l'art. 872 relativement à l'influence que la sortie d'un associé peut exercer sur la *raison sociale.*

CHAPITRE V

De la liquidation de la société.

772. Lorsque la dissolution est causée par la faillite de la société, la liquidation s'opère conformément aux art. 197 et s. de la loi fédérale du 11 Avril 1889. Elle peut, sauf le cas de faillite, avoir lieu d'une manière ou de l'autre, ainsi sous forme d'une vente du fonds social, actif et passif compris, à l'un des associés, mais sauf que dans toutes les circonstances et en particulier dans celle-ci, les créanciers sociaux pourront recourir à l'action paulienne s'il y a lieu[1].

[1] *R. j. f.* III, 103, V, 65, 87 ; cfr. *A. T. F.* XIII, 79 (les art. 580 et s. ne sont pas du *jus cogens ;* ils permettent une liquidation volontaire et notamment la reprise de l'actif et du passif par l'un des associés).

Si, porte l'art. 580, *la société est dissoute autrement que par la faillite, les associés gérants continuent, sauf empêchement personnel* — ces derniers mots sont une mauvaise traduction de : *insofern in ihrer Person kein Hinderniss eingetreten ist*, et les « empêchements » que la loi a en vue sont la mort, la faillite, l'interdiction, la révocation des pouvoirs, le mariage d'une associée gérante, etc., — *à représenter en qualité de liquidateurs la société dissoute* (al. 1). Notre loi présume, au contraire de ce que prescrit le Code de com. allemand, que les gérants sont chargés de la liquidation, et cette solution est fort recommandable, puisqu'ils sont mieux à même que toutes autres personnes de connaître les intérêts de la société. Ce n'est pas là cependant un droit absolu que notre Code leur attribue. L'al. 2 du même article nous apprend que : *Chaque associé a néanmoins le droit de demander la nomination d'autres liquidateurs ; en cas de contestation, ils sont désignés par le juge*, — qui peut les désigner à son choix, en prenant comme tels soit des associés gérants ou non, soit des étrangers à la société. MM. Schneider et Fick disent qu'il a été entendu, lors des débats, que cette désignation pourrait être confiée à des arbitres ; il est évident qu'un arbitrage peut être adopté dans ce but, mais du consentement de tous les associés seulement.

L'art. 580, al. 3, dispose encore : *La nomination des liquidateurs doit être inscrite sur le registre du commerce, si elle a pour effet de modifier la représentation de la société*, — si donc la liquidation n'est pas remise aux gérants (cfr. art. 861). Il n'est presque pas nécessaire de faire observer qu'il n'y a pas lieu à liquidation dans le cas de l'art. 577, al. 2 (cfr. aussi art. 578) et dans l'espèce où, par suite d'une décision de la société, le fonds social est vendu à un ou plusieurs associés, ou à des tiers.

Les héritiers (ou autres ayants droit, légataires et donataires universels ou à titre universel) *d'un associé doivent se faire représenter dans la liquidation par un mandataire commun* (art. 581). On s'est demandé si cet article n'était pas en contradiction avec le précédent ; nous pensons qu'il signifie simplement ceci : il n'est pas besoin, en cas de liquidation, de traiter avec tous les héritiers ou successeurs d'un associé défunt, ce qui occasionnerait des lenteurs et des complications, mais seulement avec un mandataire commun désigné par eux ou, s'ils ne pouvaient s'entendre à cet égard, par le juge (cfr. art. 580, al. 2).

773. La société dissoute et en voie de liquidation ne cesse pas, comme nous l'avons exposé précédemment, de constituer une unité juridique distincte de la personne des associés. Elle peut prendre comme telle des engagements et on peut d'ailleurs l'attaquer au

siège social[1] pour les réclamations qui la concernent. Elle agit par ses liquidateurs, dont les pouvoirs sont assez semblables à ceux du fondé de procuration des art. 422 et s.; et c'est elle qu'ils représentent, non point les associés[2]. Une différence essentielle consiste en ce que le fondé de procuration est choisi volontairement, tandis que les liquidateurs sont les représentants uniques et forcés de la société, organes de la société envers les tiers et mandataires concernant les rapports avec les associés. Leurs pouvoirs ne sont définitivement établis envers les tiers, que par l'inscription du fait de la dissolution (cfr. art. 579), ou, le cas échéant, de la nomination de liquidateurs autres que les gérants (cfr. art. 580, al. 3).

L'art. 582 leur confère les attributions légales suivantes, qui ne peuvent être valablement restreintes à l'encontre des tiers de bonne foi (cfr. art. 561, al. 2) : *Les liquidateurs ont pour mission de terminer les affaires courantes, d'exécuter les engagements et de faire rentrer les créances de la société dissoute, de réaliser l'actif social ; ils agissent au nom de la société ; ils peuvent plaider, transiger et compromettre pour elle. — Les liquidateurs peuvent même entreprendre de nouvelles opérations en vue d'en terminer d'anciennes encore pendantes. — Les ventes d'immeubles ne doivent, sauf le consentement unanime de tous les associés, être faites autrement qu'aux enchères publiques.* Ils sont, en somme, autorisés à faire tous les actes que nécessite la liquidation, même des opérations nouvelles rentrant dans les termes de l'art. 582, al. 2. Les *ventes d'immeubles*, en revanche, ne peuvent être faites de gré à gré, si tous les associés ne sont pas d'accord, mais seulement aux enchères publiques, et les pouvoirs des liquidateurs sont restreints dans cette mesure. Le sens du mot « immeubles » se détermine ainsi que nous l'avons expliqué p. 287; les règlements de compte entre associés sont soumis aux art. 548 et 549 (cfr. art. 572, al. 2).

Le Tribunal fédéral a jugé[3] que les pouvoirs légaux du liquidateur n'embrassaient pas la faculté de représenter une partie dans les litiges entre associés au sujet de leurs droits à l'avoir social, car il est le représentant de la société et non des associés individuellement ; les contestations des associés comme tels seront vidées entre eux, et le liquidateur ne peut être mis en cause ni ne doit intervenir, à moins — ce qui est licite — qu'il n'ait été constitué mandataire spécial de l'une ou de l'autre des parties.

[1] *R. j. f.* VI, 39.
[2] A. *T. F.* XII, 205, XVII, 325, XXIII, 287.
[3] A. *T. F.* XII, 205 ; cfr. *ibid.* XXIII, 286.

774. L'art. 583 prescrit : *Les capitaux sans emploi*[1] *pendant la liquidation sont distribués provisoirement entre les associés. — Les liquidateurs retiennent les sommes nécessaires pour payer les dettes non encore échues et pour faire droit aux prétentions des associés lors du règlement de leurs comptes respectifs.* L'art. 583 a pour but, entre autres, d'assurer aux créanciers sociaux leur paiement sur l'avoir social à l'exclusion des créanciers particuliers de chaque associé[2]. S'il n'y a pas d'argent pour payer les dettes sociales, les liquidateurs ne peuvent exiger une contribution proportionnelle de chacun des associés[3]; si ces derniers ne s'exécutent pas envers les créanciers, la faillite est irrémédiable.

Nous voyons enfin, à l'art. 584, que : *Les liquidateurs doivent établir le règlement de compte définitif des associés entre eux. — Si ce règlement donne lieu à des contestations, c'est le juge qui prononce.* On recourra sans doute à l'application, par analogie, des principes consacrés par les art. 143 et 145 C. com. allem. (lors de la revision de ce Code, l'art. 143 a été biffé comme donnant une solution inexacte). Les liquidateurs rendent leurs comptes et dressent un projet de partage que les intéressés peuvent modifier s'il ne leur convient pas ; cfr. art. 548. C'est d'ailleurs seulement après le règlement de l'art. 584, alin. 1, que la liquidation peut être tenue pour achevée et que la société a définitivement cessé d'exister[4].

CHAPITRE VI

De la prescription des actions contre les associés.

775. Les actions *contre la société* se prescrivent par le laps de temps ordinaire de dix ans (art. 146), quand la loi n'a pas établi de délais plus courts. Il convenait d'abréger le délai de l'art. 146 à

[1] *A. T. F.* XXIII, 291 et s. (il ne peut être question de capitaux disponibles, qu'en tant que les fonds nécessaires sont réservés pour payer les dettes sociales non encore échues et pour faire droit aux prétentions des associés lors du règlement de leurs comptes respectifs).

[2] *R. j. f.* IV, 91.

[3] *R. j. f.* IV, 192, V, 110.

[4] *A. T. F.* XXIII, 275 et s.

l'égard des actions *contre les associés*, un sociétaire sortant ou exclu, ou même un sociétaire quelconque après la dissolution, ne pouvant être tenu indéfiniment de dettes qu'il n'a pas contractées personnellement et qui ne doivent pas peser sur son crédit au delà de certaines limites. Notre loi a donc adopté un délai de prescription de *cinq ans*, comme l'art. 34 du Code de com. fr. et l'art. 159 du Code de com. allem. rev. L'art. 585[1] statue, en effet : *Les actions contre un associé* (engagé en cette qualité, cela est clair, et non à un autre titre) *à raison des dettes de la société se prescrivent par cinq ans à compter soit de la dissolution de la société, soit de la retraite ou de l'exclusion de cet associé* (cfr. en outre l'art. 586), *à moins toutefois que la créance, par sa nature, ne soit soumise à une prescription plus courte* (al. 1), — comme c'est le cas aux art. 28, 69, 257 à 259, 331, 362, 464, 803 et s., sans parler des lois spéciales rappelées ad art. 146, ou à moins qu'une prescription de dix ou cinq ans ayant déjà commencé, elle ne s'accomplisse avant l'expiration d'un laps de temps de cinq années. L'art. 585, al. 2, ajoute cette règle, que nous avons précédemment signalée : *Cette prescription* (de cinq ans) *n'est pas applicable aux actions des associés les uns contre les autres*, — mais bien à leurs créances envers leurs coassociés, en tant que créanciers de la société. L'art. 585 ne s'applique pas, d'ailleurs, aux *créances hypothécaires* (cfr. art. 146, al. 3) ; il s'étend, par contre, aux *créances garanties par gage* (cfr. art. 146, al. 2), dont le solde qui resterait à découvert ne pourrait plus être réclamé aux associés après cinq ans.

La prescription commence à courir[2] — art. 586 — *du jour où la dissolution de la société, la retraite ou l'exclusion d'un associé a été inscrite sur le registre du commerce. — Si la créance n'est devenue exigible que postérieurement à cette inscription, la prescription court à partir du moment de l'exigibilité* (cfr. art. 149). Pour constituer le *début* de la prescription de l'art. 585, il faut absolument une inscription préalable sur le registre du commerce ; et l'on ne saurait, dans aucun cas, invoquer l'art. 861, al. 3[3], aux fins de prouver que telle personne a eu connaissance de la dissolution, de la retraite, etc., à défaut d'inscription ou avant l'accomplissement de cette formalité. L'art. 586 déroge effectivement à l'art. 861, al. 3, ainsi que cela résulte autant des termes catégoriques dans lesquels il est conçu que des exigences naturelles de la pratique. Mais c'est le jour de l'inscription, non celui de la publication, qui fait règle. N'oublions pas que l'art. 586 ne vise que la prescription de cinq ans.

[1] *A. T. F.* XVII, 504.
[2] *A. T. F.* XVII, 504.
[3] *R. j. f.* IX, 25.

776. Les art. 585 et 586 sont applicables même lorsque la société est dissoute par suite de faillite ; cfr. art. 159 C. com. allem. rev. Notre loi n'en établit pas moins deux exceptions aux articles précités :

1° *Lorsqu'il reste encore des biens de la société non partagés, la prescription de cinq ans n'est point opposable au créancier qui n'exerce ses droits que sur ces biens* (art. 587, al. 1). L'action des tiers est suspendue, dans ces limites, jusqu'au partage des biens en question ; mais, une fois ces biens partagés, nous retombons sous le coup des art. 585 et 586. Il suit de là qu'une action peut se prescrire partiellement ; et la solution de l'art. 587, al. 1, est très rationnelle, puisque la prescription de cinq ans ne concerne que les actions contre les associés. Notons encore que : *L'associé qui a repris la suite des affaires, en prenant à son compte l'actif et le passif, ne peut opposer la prescription de cinq ans* (art. 587, al. 2), — ce qui ne saurait faire l'ombre d'un doute, la *ratio legis* de l'art. 585 n'existant plus ici.

2° *La prescription au profit de l'associé qui s'est retiré de la société ou qui en a été exclu, n'est point interrompue par des actes juridiques faits contre la société qui a continué d'exister ou contre un autre associé* (art. 588). La prescription de cinq ans est interrompue conformément à l'art. 154, mais l'art. 588 déroge à l'art. 159 disposant que la prescription interrompue contre le débiteur principal ou l'un des débiteurs d'une dette solidaire, l'est également contre la caution ou contre les autres codébiteurs. On a supprimé la règle, qui avait passé de l'art. 148 de l'ancien Code de com. allem. dans les projets de notre Code, et en vertu de laquelle la prescription contre un associé faisant encore partie de la société à l'époque de la dissolution, était interrompue par des actes juridiques dirigés contre les liquidateurs, mais non par ceux dirigés contre un associé. En conséquence, ce n'est pas l'art. 588, mais bien l'art. 155 qui est applicable aux membres d'une société dissoute qui n'en sont pas sortis avant la dissolution ou n'en ont pas été exclus. Voir les art. 154 et 156 à 158.

777. L'art. 589[1] réserve formellement que : *Avant l'expiration du délai de prescription, l'associé sortant ou exclu n'est libéré de la responsabilité qui lui incombe pour les dettes sociales* (à moins qu'elles ne soient éteintes d'une autre manière, ainsi, par novation) *que par la renonciation expresse ou présumée des créanciers*. La renonciation peut se présumer (cfr. art. 140, 142,

[1] *A. T. F.* XIX, 401 (compte-courant et novation), 918 (l'art. 589 ne s'applique pas à celui qui a cessé d'être associé par suite de la dissolution de la société : il est d'ailleurs conforme aux principes généraux du C. O. sur l'extinction des dettes, qui peut se produire expressément ou tacitement).

143, 159). Il est regrettable, selon nous, qu'on n'ait pas maintenu sur ce point la proposition suivante, empruntée à l'art. 1300 du Code civ. zurichois : « La renonciation est présumée, lorsque le commerce a continué avec le même passif, sous la même raison sociale, et qu'un créancier de la société, instruit de ces faits, a fait ultérieurement crédit sans aucune réserve ». On a préféré s'en remettre à la prudence du juge, qui appréciera souverainement, à la plus grande joie des avocats, sinon des plaideurs.

778. Nous répétons que les art. 146 et s. ne sont modifiés, en la matière, que dans la mesure indiquée ci-dessus.

TITRE VINGT-CINQUIÈME

DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE[1]

CHAPITRE PREMIER

De la nature et de la formation de la société.

779. *De sa nature.* L'origine de la société en commandite doit être recherchée dans un contrat maritime d'un usage fréquent au moyen âge : le contrat de commande *(commanda, accommanda, commandita).* Il apparaît surtout dans le bassin de la Méditerranée, où il consistait en ce que l'on confiait à un marchand ou un marin, qui se chargeait de les faire fructifier sur les foires ou dans les ports, des fonds en argent ou en marchandises. Le bailleur stipulait en sa faveur une part dans les bénéfices et supportait les risques du capital fourni ; le marchand ou marin recevait une part du gain. Le contrat de commande pénétra dans le commerce terrestre où il acquit une grande importance, car il était destiné à éluder les prescriptions du droit canon prohibitives du prêt à intérêt. Grâce à la *commanda,* on parvenait effectivement à retirer, sous une forme nouvelle, un intérêt de ses capitaux sans se heurter à la défense prérappelée. L'ordonnance royale de 1673 consacra, en France, les règles spéciales à l'association qui s'établissait entre le bailleur de fonds ou de marchandises et son co-contractant, en la désignant sous le nom de « société en commandite ». Mais, dans l'ancien droit français, les effets du contrat étaient restreints aux rapports entre

[1] *Staub,* 284 et s.; *Haberstich,* II, 411 et s.; *Jacottet,* 333 et s.; *Schneider et Fick,* 769 et s.; *Hafner,* 378 et s.; *Munzinger,* Motifs, 96 et s.; *Mess.,* 61; *Rap. Soc. ind. et comm. du canton de Vaud,* 111; *Rap. au Cons. d'Etat du canton de Vaud,* 32; *Lefort,* l. c. 108 et s.; *R. Furrer:* Die Haftung des Kommanditisten, etc., Lucerne, in-8°, 1902.

associés ; depuis le Code de commerce français de 1807, la société en commandite a une existence propre et constitue une *personne morale* (nº 738 *bis*) à l'égal de toutes les sociétés commerciales de leur nature ; elle a pris un développement très considérable. Elle se forme généralement entre des personnes qui ont des talents techniques, des inventeurs dont tout le capital est en idées, et des bailleurs de fonds qui jugent avantageux de leur venir en aide. Notre loi connaît deux espèces de cette société : la *société en commandite simple*, régie par les art. 590 et s., et la *société en commandite par actions* dont nous traiterons à la fin du titre suivant (art. 676 et 677).

780. De sa nature, la société en commandite tient à la fois de la société en nom collectif et de la société par actions, en ce qu'elle comprend deux catégories d'associés, les uns responsables comme des associés en nom collectif, les autres obligés seulement jusqu'à concurrence de leur mise, ou commandite, comme les actionnaires d'une société anonyme. La définition légale de l'art. 590, al. 1, est ainsi conçue : *La société est en commandite, lorsque deux ou plusieurs personnes s'unissent sous une même raison sociale en vue d'exercer l'une des professions mentionnées en l'article 552, alinéa 1, et que l'une d'elles au moins est indéfiniment responsable, tandis que les autres, les commanditaires, n'entendent être responsables que jusqu'à concurrence d'un apport déterminé (commandite).* Le 3me al. du même article porte ceci, qui rappellera une disposition analogue en matière de société en nom collectif : *Toute société peut devenir une société en commandite, encore qu'elle ait un autre but que ceux indiqués en l'article 552, alinéa 1, à condition de se faire inscrire comme telle sur le registre du commerce.* Il n'est donc pas indispensable qu'une société poursuive un but commercial pour devenir une société en commandite ; il suffit qu'elle réponde à la définition donnée plus haut, et, si elle n'est pas formée en vue d'un but commercial, qu'elle soit inscrite sur le registre du commerce. Pour le surplus, voir ad art. 552.

781. Deux caractères de cette société veulent être précisés :

1º l'*existence d'une raison sociale*, formée selon l'art. 870 (cfr. art. 600) et sous laquelle opère la société ;

2º la *coexistence de deux catégories d'associés*, les *commandités* ou associés en nom, et les *commanditaires* ou simples intéressés[1] jusqu'à concurrence de leur mise. Il faut au moins un commandité, un associé indéfiniment responsable, et un commanditaire

[1] *H. G.* X, 290 (un « commis intéressé », ayant droit à des tantièmes, n'est pas un commanditaire) ; cfr. *A. T. F.* XVII, 150.

tenu seulement des obligations sociales jusqu'à concurrence de son apport. Le commandité n'est pas obligé que subsidiairement, en cas d'insolvabilité ou de dissolution de la société, mais aussi solidairement avec ses co-commandités, s'il en a, et avec la société elle-même. Il résulte en outre des mots « apport déterminé » de l'art. 590, al. 1, *in fine*, que le commanditaire ne peut faire une commandite de travail ou d'industrie; sa mise doit consister en un *capital* (argent, valeurs, créances, meubles, immeubles), et cette commandite constitue une partie de l'avoir social. Car ce n'est pas du travail qu'on demande au commanditaire, mais des fonds pour féconder le labeur du ou des commandités. En réalité, quand la société de notre titre se compose de plusieurs commandités et commanditaires, elle renferme tout ensemble les éléments d'une société en nom collectif et d'une société anonyme. C'est ce qui est partiellement exprimé par l'art. 593 : *Lorsqu'il y a plusieurs associés indéfiniment responsables, la société est en même temps à leur égard une société en nom collectif*, — aussi bien en ce qui concerne les rapports entre associés que les rapports de ceux-ci et de la société avec les tiers.

782. *De sa formation.* De même que la société en nom collectif, la société en commandite n'est soumise, pour sa constitution, à aucune forme spéciale (voir nº 739). Mais l'art. 590, al. 2, prescrit, comme le 2me al. de l'art. 552 : *Les membres d'une société de cette espèce* (cfr. art. 592, al. 1) *sont tenus de la faire inscrire au registre du commerce comme société en commandite.* Au reste, la société existe, sauf l'art. 590, al. 3, indépendamment de l'accomplissement de cette formalité; le défaut d'inscription entraîne cependant de sérieuses conséquences, dont nous parlerons en détail à propos de l'art. 599 (cfr. art. 860, 863, 864).

Voici maintenant les conditions auxquelles l'inscription doit répondre. L'art. 591 dispose : *L'inscription doit se faire dans le lieu où la société a son siège* (voir ad art. 553) *et indiquer :*

1º *le nom et la demeure de chaque associé indéfiniment responsable* (cfr. art. 553, chif. 1);

2º *le nom et la demeure de chaque associé commanditaire et le montant de son apport.* Ceci est nouveau, du moins pour la Suisse romande; en France, le commanditaire est inconnu du public, son nom ne figure ni dans l'extrait déposé au greffe, ni dans la publication qui suit ce dépôt. En droit commercial allemand et en droit zurichois, au contraire, l'inscription de la commandite et du commanditaire était obligatoire[1]; et avec raison. Le commerce vit de crédit, les sociétés commerciales tout particulièrement. Il im-

[1] Cfr. art. 12 et s., et 162 C. com. allem. rev.

porte que les tiers avec lesquels la société voudra s'aboucher connaissent non seulement le montant de la commandite, mais la personne du commanditaire, afin qu'ils puissent vérifier si cette personne existe réellement et si elle présente les garanties désirables. De plus, l'inscription de l'énonciation visée par le chif. 2 de l'art. 591 doit être publiée (cfr. art. 862). Mais si le montant de la commandite — *die Kommanditsumme* du texte allemand (art. 590, 591, chif. 2, 602, 603, 604) est rendu public, il n'est pas nécessaire que le mode de son versement soit inscrit, et à moins qu'un versement en espèces n'ait été convenu et publié, le commanditaire pourrait fort bien s'acquitter autrement, en compensant par exemple la somme représentée par sa commandite avec une créance qu'il aurait contre la société ; cfr. art. 602[1] ;

3° *la raison sociale et le lieu où la société a son siège* (cfr. art. 553, chif. 2) ;

4° *l'époque à laquelle la société commence* (cfr. art. 553, chif. 3, et 599). Par analogie de l'art. 553, chif. 4, il importe d'inscrire également le fait que, parmi plusieurs commandités, l'un ou quelques-uns d'entre eux ont été désignés pour représenter la société, et, le cas échéant, que ce droit ne peut être exercé que conjointement.

783. *Les demandes faites en vue de l'inscription des énonciations mentionnées à l'article précédent, numéros 1 à 4, ou des modifications ultérieures* (cfr. art. 554) *qu'elles comporteraient, doivent être ou bien signées par tous les associés personnellement en présence du fonctionnaire préposé au registre, ou bien dûment légalisées. — Elles doivent être intégralement transcrites sur le registre. — Les associés chargés de représenter la société apposent personnellement la signature sociale et leur propre signature en présence du fonctionnaire préposé au registre, ou les lui remettent dûment légalisées* (art. 592). Comme cet article est identique à l'art. 554, nous nous contentons de renvoyer au n° 741 où l'on trouvera les renseignements nécessaires.

---

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XL, 96 et s. *A. T. F.* XXVII², 28 et s. (le versement de la commandite peut se faire par voie de compensation, si ce mode de paiement n'a pas pour but de léser les créanciers).

CHAPITRE II

Des rapports des associés entre eux.

784. *Obligations et droits des associés*. L'art. 594 (cfr. art. 555) nous dit : *Les rapports des associés entre eux sont déterminés en première ligne par le contrat de société. — A défaut de stipulations sur ce point, il y a lieu d'appliquer* (donc, subsidiairement) *les dispositions des articles 526 à 542 et 556 à 558 qui régissent les sociétés en nom collectif, sauf les modifications résultant des articles suivants*. On aura remarqué que l'art. 525, notamment son 2me alinéa, n'étant pas réservé, il sera permis de déroger conventionnellement à l'art. 539, mais non sans doute à l'art. 541 qui est de droit strict. Faisons observer encore que les décisions de la société ne peuvent, sauf disposition contraire des statuts, être prises que du consentement de tous les associés en nom[1] ; cfr. art. 532 et 594. Mais ce dernier article nous enseigne que, outre ce qui est réglé par les art. 526 et 542, il faudra dresser un inventaire et un bilan à la fin de chaque exercice annuel, bonifier à chaque associé, commandité ou commanditaire, l'intérêt à quatre pour cent de sa part dans l'actif social, délivrer, sur sa demande, à chaque sociétaire, les bénéfices (voir pour leur calcul à l'égard des commanditaires, l'art. 596, al. 2), intérêts et honoraires de l'année échue, à condition toutefois qu'il n'en résulte pas une diminution des apports, notamment de la commandite, laquelle doit être maintenue à son chiffre (cfr. art. 605). De plus, faute de convention spéciale, les commanditaires eux-mêmes ne pourront, sans l'assentiment des autres associés (cfr. art. 558), faire pour leur compte ou celui d'un tiers des affaires du même genre que celles de la société, ni participer comme associés en nom ou commanditaires à une entreprise concurrente. Enfin, sauf disposition contraire des statuts, ou d'un acte signé par tous les intéressés, la rétribution des associés-gérants ne consistera que dans leur participation aux bénéfices[2].

[1] *A. T. F.* XII, 206.
[2] *A. T. F.* XXVI², 262 et s.

Des questions assez délicates peuvent surgir, lorsque plusieurs personnes entrent successivement à titre de commanditaires dans la société. On admettra vraisemblablement que l'entrée de nouveaux commanditaires ne peut ni ne doit porter préjudice aux anciens ; on serait même autorisé à prétendre, selon M. Haberstich, que, vu les liens sociaux qui existent entre les associés des deux catégories, un nouveau commanditaire ne pourrait être reçu contre le gré des autres (cfr. art. 594 et 542). Cette opinion nous paraît absolument justifiée ; elle a, pour elle, à la fois, le texte de l'art. 542 applicable ici, de même que les considérations tirées de la nature du contrat de société et qui font envisager le commanditaire comme un véritable associé et non comme un simple créancier de la société. En effet, le commanditaire, en sa qualité d'associé, peut prétendre à une part dans les bénéfices, ceux-ci n'étant d'ailleurs pas limités ; en cas de faillite ou de dissolution, il ne peut réclamer sa mise aussi longtemps que les créanciers sociaux n'ont pas été désintéressés ; il a le droit de contrôle prévu à l'art. 541.

785. Rappelons encore que l'obligation principale du commanditaire est celle de verser sa mise, l'obligation principale du commandité, celle également d'opérer sa mise, mais, en outre, d'être tenu des dettes sociales sur tous ses biens. A défaut de versement de sa mise à l'époque fixée, le commanditaire doit, comme tout associé, des intérêts moratoires, et subit de plus les autres conséquences de son retard, en conformité des art. 117 et s. (cfr. art. 634). L'obligation du commanditaire de verser sa mise existe aussi bien envers la société, au nom de laquelle les gérants peuvent agir, qu'envers les créanciers sociaux, qui ont, après la dissolution de la société, une action directe de ce chef (cfr. art. 603).

785 *bis*. Constatons une fois de plus que le commanditaire n'est pas un simple bailleur de fonds ; il a des droits et des obligations d'associé, et, à certains égards (cfr. art. 535, 536, 558, 594, 595 C. O.), sa situation est analogue à celle de l'associé indéfiniment responsable ; aussi l'*intuitus personae* n'a-t-il pas beaucoup moins d'importance envers lui qu'envers le commandité [1].

786. *De l'administration de la société.* La gestion dans les sociétés en commandite ne peut raisonnablement être exercée que par les commandités, qui sont responsables des engagements sociaux sur tous leurs biens. Les commanditaires ne doivent posséder qu'un droit de contrôle ; c'est ce que prescrit notre loi (cfr. art. 541 et 595). Il est vrai qu'en France on était allé plus loin encore en interdisant au commanditaire de faire même des actes isolés d'adminis-

[1] *A. T. F.* XXX², 463 et s. ; voir, entre autres, ad art 576.

tration, quand bien même le gérant les aurait autorisés. Autrement, disait-on, les tiers pourraient être induits en erreur, et compter sur la responsabilité illimitée des commanditaires, ou, comme leur responsabilité est restreinte à leurs mises, ceux-ci se lanceraient trop facilement dans des opérations hasardeuses.

Le C. de com. fr. de 1807 frappait le commanditaire qui contrevenait à cette défense d'une peine civile, en le déclarant solidairement responsable des dettes sociales. La loi française de 1863 atténua ces rigueurs. On verra plus loin (art. 598) que notre loi est très large. M. Munzinger a motivé en excellents termes cette atténuation de la responsabilité des commanditaires. Après avoir montré que c'est dans l'intention louable de mettre les créanciers à l'abri de toutes surprises que le Code de com. fr. avait cru devoir déployer une aussi grande sévérité, il regrette qu'on se soit « permis une atteinte inouïe à la liberté de l'homme, au libre emploi de ses facultés », en interdisant au commanditaire de faire l'acte de gestion le plus insignifiant sous peine de responsabilité illimitée. Et il dit : « Que de fois les circonstances exigeront que l'administrateur ou le préposé s'intéresse, pour un petit capital, à l'entreprise où il emploie son talent et son travail, sans vouloir pour cela assumer tout le poids d'une responsabilité illimitée ! Cette union du capital et du travail dans une même personne répond à un principe de saine économie politique : elle est sans doute avantageuse à la gestion de l'entreprise. L'usage d'intéresser un administrateur pour une part des bénéfices est déjà très répandu et se généralisera de plus en plus si les entraves légales sont brisées. Il arrive souvent qu'un commerçant se retire d'une maison qu'il dirigeait, mais qu'il y laisse ses capitaux comme commanditaire, pour aider son successeur, et, qu'afin de ne pas abandonner complètement les affaires au maniement desquelles il a passé sa vie, il se réserve de fréquenter le comptoir et les magasins. Et cela lui serait défendu sous peine de responsabilité illimitée !... »

Evidemment non, et notre Code autorise formellement le commanditaire à conclure des affaires pour la société, soit comme fondé de procuration soit comme mandataire ; s'il négligeait de déclarer qu'il n'agit pas en l'une de ces dernières qualités, il ne serait tenu comme un associé indéfiniment responsable, que des engagements résultant des affaires ainsi conclues (art. 598); voir n° 781, note.

787. Voici, du reste, le texte de l'article 595 de notre Code : *La société est gérée par l'associé ou les associés indéfiniment responsables* (cfr. art. 533, 593 et 598, al. 1) — qui ont tous le droit de gestion, sauf stipulation contraire (cfr. aussi art. 553, al. 4, applicable par analogie). — *Le commanditaire n'a ni le droit ni l'obligation de gérer les affaires de la société. — Il ne peut pas non plus s'opposer aux actes de la gérance.* Les associés en nom

peuvent s'adjoindre pour la gestion des fondés de procuration ou d'autres mandataires qu'ils sont en droit de choisir parmi les commanditaires, ainsi que l'établit l'art. 598, al. 3. Voir les art 526 à 542, en particulier 534 et 541 (cfr. art. 594) que nous avons étudiés précédemment et sur lesquels nous ne reviendrons pas.

788. *Des parts des associés dans les bénéfices et les pertes.* Ici, comme dans tout le domaine du précédent chapitre, le contrat de société est à prendre en considération en toute première ligne. C'est seulement à défaut de convention des parties que l'art. 596 entre en ligne de compte ; il est conçu comme suit : *Le commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis dans la société* (al. 1).

Il ne doit, en principe, rien perdre au delà de sa mise, aussi bien dans ses rapports avec ses coassociés que dans ceux avec les tiers. Mais, en l'absence de toute stipulation à ce sujet, il eût été bien difficile de procéder à une répartition équitable des pertes et des bénéfices entre commandités et commanditaires. Effectivement, on ne peut songer à une répartition égale comme dans la société simple ou celle en nom collectif, car l'apport des deux catégories d'associés est nécessairement très différent, et l'on obtiendrait ce singulier résultat, c'est que, si la commandite était fournie par deux personnes au lieu d'une seule, la part de l'associé en nom, bien que la commandite demeurât la même, serait réduite de la moitié à un tiers, alors que le travail du commandité eût été le même dans les deux hypothèses. Le législateur a dû imaginer un expédient. *Au surplus,* dit l'art. 596, al. 2, *sa quote-part* (celle du commanditaire) *dans les bénéfices ou les pertes est fixée par le juge, si elle ne l'a pas été par les parties elles-mêmes.* Il y a, comme on le peut supposer, un grand intérêt pour les associés à trancher d'avance ces questions dans le contrat de société. Le juge ne pourra jamais que rendre de la justice approximative, en tenant compte de l'intention des parties, du montant des commandites, de leur influence sur la marche des affaires sociales, et, partant, sur le chiffre des bénéfices, etc.

CHAPITRE III

Des rapports de la société avec les tiers.

789. Comme la société en nom collectif, la société en commandite a une existence extérieure ; elle est douée de la personnalité juridique, dans la mesure indiquée sous n° 738 *bis*. Elle a son do-

micile légal au siège de la société. Nous ne reprendrons pas les explications fournies ad art. 559 et qui s'appliquent entièrement à l'art. 597, dont voici la teneur : *La société en commandite peut, sous sa raison sociale, devenir créancière et débitrice, ester en jugement et acquérir des droits de propriété et d'autres droits réels, même sur des immeubles.*

790. On se souvient qu'aux termes de l'art. 595, la société est gérée par les associés en nom, tandis qu'en principe les commanditaires n'ont aucune obligation ni aucun droit d'administrer.

La représentation de la société à l'égard des tiers est réglée en harmonie avec ces dispositions. L'art. 598 [1] dit : *La société en commandite est représentée par les associés indéfiniment responsables* [2] (cfr. art. 590 al. 1). — *L'étendue de leurs pouvoirs se règle d'après les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif* (art. 553 chif. 4, 560 à 563). — *Le commanditaire qui fait des affaires pour la société, sans déclarer expressément qu'il n'agit qu'en qualité de fondé de procuration ou de mandataire, est tenu des engagements qui résultent des affaires ainsi faites, comme s'il eût été un associé indéfiniment responsable*. Nous nous sommes expliqué déjà, à propos de l'art. 595, sur la portée de cette dernière partie de l'art. 598. On a voulu que le commanditaire pût s'intéresser activement aux opérations de la société, qui ne peuvent lui être indifférentes. Seulement, et afin que les tiers avec lesquels il contracte pour la société ne soient pas trompés, en ce qu'ils seraient aisément tentés de le tenir pour un associé en nom, la loi lui impose l'obligation de déclarer à ses co-contractants, que s'il agit pour la société, c'est comme fondé de procuration ou comme mandataire et non comme commandité indéfiniment responsable. Faute par lui de décliner formellement ses qualités, il est lié, pour les affaires qu'il conclut dans ces conditions, de la même manière absolument qu'un associé en nom. La solution est pareille, que le commanditaire fasse exceptionnellement ou habituellement des affaires pour la société. Les Chambres ont rejeté une proposition de la majorité du Conseil national tendant à ce que le commanditaire, qui avait pris régulièrement part aux affaires de la société, fût traité comme un associé indéfiniment responsable (cfr. les art. 600, 602). Pour le surplus, nous renvoyons aux n°s 786 et s.

791. La société, en tant qu'individualité juridique distincte, est tenue en première ligne, sur tous ses biens, des engagements

[1] *A. T. F.* XXIII, 275 et s.; cfr. *ibid.* 198 et s.

[2] L'art. 167. al. 1, *in fine* C. com. allem. non révisé ajoute : « qui la représentent également en justice ». Quoique ces mots ne figurent pas dans le texte de notre art. 598, il est évident que le même principe est applicable chez nous.

contractés en son nom par ceux qui sont autorisés, de par les statuts ou la loi, à la représenter envers les tiers. Mais il peut arriver ici, comme dans la société en nom collectif, que l'avoir social soit insuffisant pour désintéresser les créanciers. Ceux-ci recourront alors contre les associés de la manière suivante; nous faisons observer préalablement que la commandite est censée faire partie de l'avoir social.

792. 1. *Responsabilité des commandités.* Nous avons exposé maintes fois que les commandités ou associés en nom sont indéfiniment et solidairement responsables, comme des associés en nom collectif, de tous les engagements sociaux. Mais l'art. 601, conforme à l'art. 564 al. 3 auquel nous renvoyons (les deux autres alinéas de l'art. 564 sont applicables aussi par analogie), prescrit en outre: *L'associé indéfiniment responsable ne peut être poursuivi personnellement pour une dette sociale que lorsque la société a été dissoute ou qu'elle a été l'objet de poursuites infructueuses.* Le commandité est, à l'égal de l'associé en nom collectif, placé à peu près dans la situation d'une caution simple.

793. 2. *Responsabilité des commanditaires.* Le commanditaire n'est, en principe, tenu des engagements sociaux, *que jusqu'à concurrence de sa mise* (cfr. art. 590 al. 1 *in fine*). Le montant de cette mise doit, aux termes de l'art. 591 chif. 2, être inscrit sur le registre du commerce. L'art. 602 dispose à cet égard: *Le commanditaire est obligé envers les tiers jusqu'à concurrence de la somme inscrite sur le registre du commerce. Il est obligé au delà, s'il a déclaré à des tiers par circulaire ou autrement* (même de vive voix) *une commandite plus élevée.* Il est obligé au delà, non seulement lorsqu'il a fait une déclaration de ce genre aux tiers mêmes avec lesquels il contracte, mais aussi lorsque cette déclaration ayant été faite, elle est parvenue à la connaissance de personnes qui ont un intérêt quelconque à le rechercher en qualité de commanditaire. Si la somme jusqu'à concurrence de laquelle il est responsable, n'a pas été versée ou ne l'a été qu'en partie, il peut être, le cas échéant, contraint à acquitter le capital entier de la commandite (cfr. art. 603). Toute stipulation contraire à la règle de l'art. 602 serait nulle à l'égard des tiers. Si le montant de la commandite indiqué sur le registre du commerce est inférieur à sa valeur réelle, c'est cette dernière que l'on prendra en considération. Si le commanditaire néglige de retirer ses bénéfices, honoraires et intérêts, et que ceux-ci aient augmenté son apport d'autant en vertu de l'art. 557 al. 1 (cfr. art. 594), c'est la commandite ainsi accrue qui constituera le gage des créanciers sociaux. Voir, en outre, nº 782.

Si, dit l'art. 604, *par une convention avec les associés indéfiniment responsables, ou par des prélèvements anticipés sur*

l'actif social, le commanditaire a diminué le montant de la commandite qu'il a inscrit ou déclaré d'une autre manière (cfr. art. 602), *cette réduction n'est opposable aux tiers que lorsqu'elle a été inscrite sur le registre du commerce et duement publiée conformément à l'article 862. — Les obligations contractées par la société avant cette publication, restent garanties par le montant intégral de la commandite originaire.* On comprend que l'inscription du chiffre de la commandite étant exigée dans l'intérêt des tiers, le commanditaire soit lié par cette inscription. Une diminution du chiffre de la commandite n'est opposable aux tiers qu'après avoir été inscrite et duement publiée, et il est tout naturel, comme l'exprime la fin de l'art. 604, que cette réduction ne puisse recevoir d'effet rétroactif. Doit-on décider, avec M. Haberstich, que *cinq ans* après l'inscription, ou plutôt la publication prévue à l'art. 604, les commanditaires ne sont plus responsables que jusqu'à concurrence de leur commandite restreinte ? Oui, sans doute, en application des art. 585 et 586 (cfr. art. 611), car on peut assimiler la réduction de la commandite à une retraite partielle du commanditaire, et il ne serait pas logique de traiter plus sévèrement le commanditaire diminuant son apport que celui qui l'enlèverait complètement à la société en se retirant de celle-ci.

Nous retrouvons à l'art. 606 un principe qui nous rappellera celui de l'art. 565 : *Celui qui entre, comme commanditaire, dans une société en nom collectif ou en commandite déjà existante est tenu jusqu'à concurrence de sa commandite des obligations antérieurement contractées, que la raison sociale ait ou non subi une modification. Toute clause contraire est nulle et de nul effet à l'égard des tiers*, — mais non, cela va sans dire, dans les rapports des associés entre eux. Nous insistons sur les mots « société déjà existante », de l'art. 606 ; ils prouvent que cette disposition légale n'est pas applicable au cas d'une personne s'associant comme commanditaire à une autre qui faisait seule un commerce, car il n'y a pas de société au moment où le commanditaire s'associe.

C'est ici que nous pouvons signaler une question, tranchée arbitrairement, ce semble, par le Tribunal fédéral [1]. En quelle mesure celui qui entre dans une société en nom collectif ou en commandite, par l'effet du *dol* des autres associés, est-il tenu des dettes sociales ? L'arrêt dont il s'agit constate que le lien social créé dans ces conditions est nul ; il ajoute : « Celui qui, soit dès le début, soit plus tard, entre dans l'une ou l'autre de ces sociétés, forme non seulement un contrat de société avec ses co-associés, mais il s'oblige, déjà en vertu de l'inscription au registre du commerce, à l'égard des

[1] *Blätter für zürcher. Rechtsprechung*, I (1902), 67 et s. (arrêt du T. F., du 19 Juillet 1901) ; cfr. *A. T. F.* XXIX², 662 et s. (dans le même sens, la responsabilité y étant admise aussi pour les dettes antérieures à l'entrée).

tiers... et il répond, par conséquent, envers les tiers de bonne foi, de toute dette sociale postérieure à son entrée dans la société, si bien qu'il ne saurait leur opposer l'exception de dol ». Quelque pratique que puisse être cette solution, au point de vue du crédit public, elle n'est conforme ni à l'art. 1, ni à l'art. 24 C. O. Il n'y a pas eu de contrat de société valable, et l'associé victime du dol ne s'est engagé ni expressément, ni tacitement envers les créanciers sociaux par l'intermédiaire des gérants ; de plus, il n'y a pas lieu de faire intervenir le « dol d'un tiers » de l'art. 25, à propos d'obligations... qui ne sont pas nées, qui n'ont pu naître entre l'associé trompé et les créanciers sociaux, à raison du vice fondamental du contrat de société, *rétroactivement rescindé*, pour le dit associé. Ceci, du moins, *de lege lata*.

794. Il est certaines circonstances dans lesquelles le commanditaire peut être tenu *au delà de sa mise*. Les voici :

a. Dans les cas, déjà cités, des art. 598 al. 3, 602 *in fine*.

b. Dans l'éventualité de l'art. 599 : *Lorsque la société en commandite n'a pas été inscrite* (cfr. art. 590 al. 2, 591, 592, 860), *chaque commanditaire est tenu envers les tiers, comme un associé indéfiniment responsable, des obligations que la société a contractées antérieurement à l'inscription, à moins qu'il ne prouve que ces tiers avaient connaissance de sa qualité de simple commanditaire*. La seule demande d'inscription ne suffit pas pour détourner les suites prévues à l'art. 599 ; si, par exemple, la demande d'inscription avait été régulièrement déposée et qu'elle n'eût pas été mentionnée dans le registre du commerce selon les art. 859 et s., pour un motif quelconque, négligence du fonctionnaire ou autre, le commanditaire n'en serait pas moins indéfiniment responsable jusqu'à l'inscription elle-même, sauf son recours contre qui de droit. Nous voyons cependant, que s'il est établi que les tiers ont eu connaissance de sa qualité de simple commanditaire, de quelque manière que ce soit, ils ne peuvent le rechercher qu'en cette qualité ; il importe peu d'ailleurs, ainsi que l'admet la jurisprudence allemande, que le montant de la commandite ait été connu ou non. L'art. 599 dit en résumé que les tiers sont autorisés à tenir le commanditaire pour un associé dont la responsabilité n'est limitée à leur égard que par l'inscription au registre du commerce, s'il ne prouve pas qu'ils ont su qu'il était tout uniment un commanditaire.

c. Dans l'hypothèse de l'art. 600 : *Le commanditaire dont le nom figure dans la raison sociale* (cfr. art. 871) *est responsable envers les créanciers de la société comme un associé indéfiniment responsable* (cfr. art. 564). La loi prescrivant à l'art. 871 que la raison sociale ne doit mentionner que des noms d'associés indéfiniment responsables, il suit de là que les tiers seraient induits en

erreur si un commanditaire y faisait entrer son nom, quitte à déclarer plus tard qu'il n'est obligé que dans les limites de son apport. Peut-il, dans l'espèce de l'art. 600, s'exonérer de la responsabilité y consacrée, en prouvant que les tiers avaient connaissance de sa qualité de simple commanditaire? Oui, dit M. Jacottet, « mais le juge devra être plus difficile dans l'appréciation des faits, à raison de la publicité donnée à la raison sociale ». Non, dit M. Haberstich; non, alors même que le registre du commerce indiquerait le nom du commanditaire et le montant de sa commandite, en conformité de l'art. 591 chif 2. Nous partageons cette dernière opinion, parce que le texte de l'art. 600 ne prévoit aucune atténuation analogue à celle que l'on trouve à l'art. 599 *in fine*, parce que la raison sociale est le fait extérieur qui renseigne le plus directement les tiers sur la composition et la nature de la société, parce qu'enfin l'art. 600 nous paraît édicter une mesure d'ordre public. Il est évident, néanmoins, que si le nom du commanditaire est le même que celui d'un associé en nom, l'art. 600 n'est, sauf concert frauduleux, nullement applicable et que le dit article n'a point trait aux rapports des associés entre eux.

d. Enfin, partiellement, dans le cas de l'art. 605: *Il ne peut être payé d'intérêts au commanditaire* — on aurait dû ajouter: même s'ils avaient été expressément stipulés dans le contrat de société — *que s'il n'en résulte aucune diminution du capital de sa commandite*[1] (cfr. art. 602). — *Le commanditaire ne peut toucher ni intérêts ni bénéfices* (cfr. art. 594, 557 al. 2 et 596), *tant que le capital de la commandite diminué par des pertes n'a pas été reconstitué. — Si des paiements ont été effectués contrairement aux dispositions qui précèdent, le commanditaire est tenu des obligations de la société jusqu'à concurrence des sommes à lui payées. — Toutefois, le commanditaire ne peut être astreint à restituer les intérêts et les bénéfices qu'il a reçus de bonne foi sur la base d'un bilan régulier*[2] (cfr. art. 556). En d'autres termes, le capital de la commandite ne saurait être diminué par des perceptions d'intérêts ou de bénéfices, qui, le cas échéant, doivent servir avant tout à reconstituer la mise réduite par des pertes; s'il est contrevenu à ces règles, le commanditaire est tenu, non seulement jusqu'à concurrence de son apport, mais jusqu'à concurrence de son apport augmenté de ce qu'il a reçu de trop au mépris de l'art. 605, à moins qu'il n'établisse: sa bonne foi, c'est-à-dire son ignorance de toute contravention, et l'existence d'un bilan régulier, en vertu duquel il a perçu. En droit commercial allemand, on exige un « bilan dressé de bonne foi » (« régulier », ou

[1] *R. j. f.* XVIII, 80 (ceci s'applique aussi bien aux rapports du commanditaire avec l'associé en nom, qu'aux rapports envers les tiers).

[2] *A. T. F.* XXVII[2], 572 et s.

non), tandis que notre loi parle d'un «bilan régulier» (même établi de mauvaise foi, pourvu que le commanditaire soit personnellement *bonae fidei)*. L'art. 605 ne concerne pas les rapports des associés entre eux, régis en première ligne par le contrat de société.

795. 3. *De l'action des créanciers sociaux contre les deux catégories d'associés.* Il ne faut naturellement pas compter les commanditaires parmi les créanciers de la société. Leur apport constitue, au contraire, une part de l'avoir social et rentre, en cas de faillite, dans la masse active à répartir entre les créanciers sociaux. Nous avons fait observer précédemment (voir art. 601) que les *commandités* ne peuvent être recherchés personnellement, que lorsque la société a été dissoute. Quant aux créanciers particuliers, nous verrons, sous chiffre 4 ci-après, qu'ils sont traités absolument comme dans la société en nom collectif. Ces diverses règles sont résumées ainsi par l'art. 608 : *Dans la faillite de la société en commandite, les créanciers de la société sont payés sur ses biens à l'exclusion des créanciers personnels des différents associés* (cfr. art. 566). — *Le montant de la commandite fait partie des dits biens* — et on pourra la réclamer, si elle n'a pas été versée (cfr. art. 603 *in fine)*. Le commanditaire pourra, en revanche, intervenir, comme créancier social, à raison des sommes que la société lui devra en dehors de sa commandite. Pour le surplus, voir l'art. 566.

L'art. 609 porte de son côté : *Lorsque l'avoir social est insuffisant pour désintéresser intégralement les créanciers, ils ont le droit de poursuivre le paiement de ce qui leur reste dû, sur les biens personnels de chacun des associés indéfiniment responsables, en concurrence* (donc sur le même rang) *avec les créanciers particuliers de ces derniers.* Nous renvoyons purement et simplement à l'art. 568, conçu en termes identiques, en ajoutant qu'il n'est nullement défendu, en cas de faillite sociale, de poursuivre les associés pour le tout et non seulement jusqu'à concurrence de la perte subie dans la faillite[1].

796. En droit français moderne, les créanciers sociaux ont, du moins d'après l'opinion généralement admise, une action directe contre le *commanditaire*. Notre loi ne va pas aussi loin et fait une distinction assez naturelle à l'art. 603, dont les deux premiers alinéas tranchent une question très controversée, et la tranchent d'une manière fort rationnelle : *Les créanciers de la société n'ont, tant qu'elle subsiste, aucune action directe contre le commanditaire* (al. 1). Celui-ci ne peut être actionné que lorsque la société est *dissoute*, par sa faillite ou par une autre cause (pour l'associé

[1] *H. E.* X, 105.

en nom, voir l'art. 601). Mais si la société est dissoute pour une *autre cause que la faillite*, l'al. 2 du même art. 603 prescrit : *Quand la société finit autrement que par la faillite, ils n'ont une action directe contre le commanditaire que pour le montant de la commandite qui n'a pas été versé ou qui a été retiré* (cfr. art. 604 et 605 C. O., ainsi que 250 L. P.[1]) Et le 3me al. ajoute : *Si la société tombe en faillite, les créanciers peuvent seulement demander la remise à la masse du montant de la commandite non versé ou retiré.* Il semble que le principe fort clair et fort juste du 1er al. de l'art. 603 soit assez mal développé dans les deux derniers alinéas de ce texte. En somme, le législateur a voulu dire ceci : Après la dissolution de la société, lorsque les créanciers sociaux ont une action directe contre le commanditaire, cette action peut être exercée par la masse en cas de faillite, par les créanciers individuellement en cas de dissolution pour une autre cause, mais jusqu'à concurrence seulement du montant non versé ou du montant retiré (directement ou au moyen de dividendes fictifs, etc.) de la commandite. Quant au montant versé et qui n'a pas été retiré, il doit se retrouver dans le fonds social ; et le commanditaire a satisfait, dans la mesure de ses versements, à ses obligations envers les créanciers sociaux comme à l'égard des associés. La loi ne règle pas le mode des versements, qui pourront être effectués par toute espèce de paiements, par compensation (voir n° 781, chif. 2), par exemple, à moins que les statuts n'en décident autrement. Les mots « action directe » de l'art. 603 pourraient faire supposer que les créanciers sociaux ont peut-être, avant la dissolution de la société, une action indirecte contre le commanditaire. Il n'en est rien ; ce n'est que dans l'hypothèse de l'art. 603, al. 1, que le commanditaire est obligé envers les créanciers de la société. Aussi longtemps que la société subsiste, il n'est tenu qu'envers ses coassociés au versement de son apport.

Et maintenant, *après dissolution* de la société, deux éventualités sont possibles :

Le commanditaire a *versé toute sa mise* ; il ne doit plus rien aux créanciers sociaux, sous réserve de ce que nous avons exposé ad art. 598, al. 3, 599, 600, 602, 605 ;

Il ne l'a *pas versée*, ne l'a *versée qu'en partie* ou l'a *retirée en totalité* ou *partiellement*. Les créanciers sociaux ont une action directe contre lui, alors même qu'il aurait été libéré par ses coassociés, ou que des modes particuliers de paiement ou des échéances lointaines auraient été convenus pour les versements (ceci en conformité avec la jurisprudence allemande et la majorité des auteurs).

[1] *A. T. F.* XIX, 764 ; cfr. *ibid.* XXII, 876 et s., et XXIX², 655 et s. (le commanditaire ne peut opposer aux créanciers sociaux l'exception du dol commis envers lui par le commandité ; voir n° 791 *in fine*).

Ils exerceront cette action : par l'organe de la *masse*, en cas de faillite, et à titre *individuel*, si la société est dissoute autrement que par la faillite. Malheureusement, la loi n'a pas résolu le problème suivant : Un commanditaire est recherché selon l'art. 603, al. 2, par un seul, ou par deux, ou par plusieurs d'entre les créanciers sociaux ; a-t-il le droit de leur payer ce qu'il doit sur sa commandite, au détriment des créanciers non poursuivants ? A-t-il le droit, sinon l'obligation, de consigner en justice ? Ce sont là des questions fort graves et il est étrange que le législateur ne les ait pas même soupçonnées. Nous ne voyons pas comment M. Haberstich a pu écrire que « les créanciers non poursuivants risquant de ne rien recevoir, le commanditaire doit, *pour ce motif*, avoir la *faculté* de consigner ». Le « motif » n'en est pas un, et la « faculté » ne signifie pas grand'chose, si ce n'est qu'une pure alternative laissée au commanditaire. Pour nous, et quelques inconvénients que cette solution présente, nous admettons que les créanciers sociaux, qui ne forment nullement une unité juridique en dehors de la faillite, et qui ont, par conséquent, le droit d'exercer individuellement leur action directe de l'art. 603, ont aussi le droit d'exiger que le commanditaire s'acquitte entre leurs mains de ce qu'il leur doit. Il n'est pas autorisé à leur opposer une exception dilatoire en leur disant : « Je ne paierai qu'autant que tous les créanciers sociaux me poursuivront ; ou j'entends que ma commandite soit distribuée, au prorata de leurs créances, entre tous les créanciers sociaux ». C'est, à la vérité, la course au commanditaire organisée : le premier prix au plus agile ! Mais nous chercherions vainement une disposition légale qui permît d'arriver à un autre résultat. Les biens d'un débiteur sont le gage commun de tous ses créanciers, aussi longtemps qu'ils ne sont pas grevés de droits de préférence de par la loi ou la convention. Les biens du commanditaire, jusqu'à concurrence de ce qu'il doit sur sa commandite, sont également le gage commun des créanciers sociaux devenus, dans cette limite, ses créanciers personnels. Or un débiteur ne peut renvoyer à patience son créancier poursuivant ou consigner ce qu'il lui doit, en alléguant que si les autres créanciers n'en avaient point leur part, ce serait peut-être autant de perdu pour eux. Le créancier, ou les créanciers sociaux qui s'en tiendront directement au commanditaire, procéderont, sans s'occuper des autres, aux actes d'exécution autorisés par la loi et seront dûment colloqués (cfr. encore art. 607, al. 2).

Un autre point, susceptible de controverse, se rattache à l'interprétation de l'art. 603 : A qui incombe la preuve ? Est-ce au commanditaire à justifier qu'il s est acquitté en tout ou en partie ? Est-ce aux créanciers, éventuellement à la masse, à établir que la commandite n'a pas été versée du tout ou ne l'a été que partiellement ? MM. Schneider et Fick disent avec raison que le fardeau de la preuve est à la charge du commanditaire. Celui-ci est débiteur envers les créan-

ciers sociaux du montant de sa commandite ; et c'est au débiteur qu'il incombe de prouver sa libération.

Les créanciers sont envers le commanditaire, dans l'espèce de l'art. 603, al. 2, des créanciers personnels. Aussi l'art. 610[1] nous apprend-il que : *Les créanciers de la société et la société ou sa masse ne jouissent, dans la faillite du commanditaire, d'aucun droit de préférence par rapport aux créanciers particuliers de ce dernier;* cfr. art. 594 (526).

797. 4. *De l'action des créanciers personnels des associés contre la société.* La société en commandite est, comme la société en nom collectif, une personne juridique distincte de la personne même des associés. En conséquence, l'art. 607 détermine : *Les articles 569*[2] *à 571 sont également applicables à la société en commandite* (al. 1). Ce qui revient à dire que les créanciers personnels ne peuvent agir contre l'avoir social, mais uniquement et sous les réserves connues, contre la part de l'associé dans la société, etc. Nous renvoyons, pour le surplus, aux art. 569 et s. (cfr. art. 39, chif. 3, L. P.).

798. L'al. 2 de l'art. 607 dispose : *Cependant le créancier de la société, qui est en même temps débiteur particulier du commanditaire, ne peut opposer la compensation au commanditaire que dans les conditions prévues par l'article 603, alinéa 2.* Tant que la société dure ou n'est pas dissoute pour cause de faillite, la commandite, versée ou non, fait partie de l'avoir social. Après la dissolution pour une autre cause que la faillite, la commandite, en tant que non versée ou retirée, est le gage des créanciers sociaux individuellement ; de là, le droit d'opposer la compensation dans l'hypothèse de l'art. 607, al. 2, *in fine*, parce que (cfr. art. 131) le créancier social, débiteur particulier du commanditaire, est devenu créancier personnel de celui-ci ; de là aussi, la justification de la théorie que nous avons soutenue (nº 797), puisque, fût-ce au détriment d'autres créanciers sociaux, le créancier en question peut, dans le cas du dit art. 603, al. 2, compenser toute sa créance sociale, devenue personnelle, avec sa dette envers le commanditaire, pour autant que la commandite, ou la partie non versée ou retirée, serait d'un montant égal ou supérieur ; si elle est d'un montant inférieur, la compensation s'opérera jusqu'à due concurrence ; si la commandite avait déjà été payée à d'autres créanciers sociaux, ou

[1] *A. T. F.* XIX, 764.

[2] Voir ad art. 569 ce que nous avons dit de la situation faite aux créanciers personnels d'un associé par l'entrée en vigueur de la loi du 11 Avril 1889. Cette observation s'applique aux commandités ; quant au commanditaire, s'il n'est pas passible de la poursuite par voie de faillite, on s'en tiendra à l'art. 569, al. 2.

si des actes de poursuite émanés d'autres créanciers sociaux avaient emporté en faveur de ceux-ci le droit à réclamer le paiement de la commandite, la fin de l'art. 607, al. 2, ne serait plus applicable.

CHAPITRE IV

Dissolution et liquidation de la société; prescription des actions.

799. L'art. 611[1] renvoie en ces termes aux textes que nous avons étudiés précédemment pour la société en nom collectif: *Les dispositions des articles 572 à 589*[2] *sont applicables à la dissolution et à la liquidation des sociétés en commandite, ainsi qu'à la prescription des actions contre les associés* (al. 1). Mais comme la société en commandite n'est à l'égard des commanditaires qu'une association de capitaux, que le lien social entre les commanditaires et la société est beaucoup plus lâche qu'entre elle et les associés en nom, le 2me al. du même article ajoute : *Cependant la société n'est pas dissoute par la mort, la faillite ou l'interdiction d'un commanditaire.* La société, sauf les cas de sortie ou d'exclusion (cfr. art. 572 et s. et note ad art. 611) qui laisseront la société se continuer comme telle entre les autres associés ou se transformer, si tous les commanditaires disparaissaient, en société en nom collectif, la société, disons-nous, subsistera, comme du passé, avec les héritiers, la masse en faillite ou le représentant légal du commanditaire. Pour les associés en nom, les art. 572 et s. font règle absolument.

---

[1] *A. T. F.* XII, 205 (voir ad art. 582, n° 773), XXII, 876 et s., XXIV[2], 197 et s.

[2] Quant à la *sortie*, à l'*exclusion*, et au cas de l'art. 574, il est assez singulier qu'on applique sans autre les mêmes principes à l'égard des commanditaires que des associés en nom (cfr. art. 611, al. 2); voir ad art. 574 et note ad art. 569.

TITRE VINGT-SIXIÈME

DE LA SOCIÉTÉ ANONYME OU SOCIÉTÉ PAR ACTIONS[1]

---

800. L'association est, dans la vie industrielle et commerciale, une association de forces qui sont naturellement d'autant plus actives qu'elles sont plus consistantes et plus nombreuses. Les sociétés en nom collectif et en commandite, que nous avons étudiées jusqu'ici, ne sauraient convenir à de très grandes entreprises qui exigent, pour que le but social puisse être atteint, une longue durée et des capitaux considérables. Or les sociétés en nom collectif et en commandite sont exposées à des causes de dissolution (mort, faillite, interdiction des associés) qui en rendent l'existence très problématique ; d'autre part, elles ne peuvent guère se former qu'entre un groupe restreint de personnes qui ne disposeront pas toujours de fonds suffisants ; d'un autre côté encore, les associés qui ont besoin d'argent ne peuvent s'en procurer facilement en vendant leur part sociale et en se substituant des tiers ; enfin, la responsabilité individuelle des associés y est très étendue. Pour parer à ces divers inconvénients, on a imaginé la *société anonyme*, qui permet de rassembler d'immenses capitaux et d'entreprendre des opérations pour un temps presque indéfini.

[1] *Haberstich*, II, 437 et s.; *Jacottet*, 346 et s.; *Schneider et Fick*, 470 et s.: *Hafner*, 386 et s.; *Die Organisation der Actiengesellschaft*, par A. Welti, Zurich, 1890; *De la fondation des sociétés anonymes*, par J. de Muralt, Lausanne, 1887; *Lefort*, l. c., 114 et s.; *La société anonyme en droit italien*, par F.-M. Bing, Genève, 1887; *Munzinger*, Motifs, 111 et s.; *Mess.*, 63 et s.; *Rap. com. Cons. nat.*, 30; *Rap. com. Cons. des Etats*, 23; *Rap. Soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 115 et s.; *J. d. T.* XXX, 209 et s.; *Zeitsch. für schw. Statistik*, 1904 (notice statistique sur les soc. an.); *G. Cahn*, op. cit.; *H Dietler :* Die rechtliche Natur der Verwaltung de A. S. nach schw. O., in-8°, Lucerne, 1895; *M. Schwabe :* Die jurist. Person u. das Mitgliedschaftsrecht, in-8°, Bâle, 1900; *Staub*, 373 et s.; *Verhandlungen des schw. Juristenvereins*, 1904 (rapport de M. le prof. L. Rehfous : « De la revision des règles du droit suisse relatives à la soc. anon. » et co-rapport de M. le Dr O. v. Waldkirch).

800 *bis*. On a pu rechercher l'origine de la société par actions dans le *contrat de commande* ou de *pacotille*, d'où est sortie la société en commandite. Effectivement, une fois la limitation de la responsabilité de certains associés adoptée, on n'est pas loin de la notion de la société anonyme, dont le caractère essentiel est précisément la limitation de la responsabilité de tous les associés à leurs mises. Si nous en croyons Troplong, on trouve déjà au XII[e] siècle plusieurs moulins français, ceux de Château Narbonnais, par exemple, dont le capital social était composé d'actions cessibles et divisibles. Mais c'est en Italie que nous découvrons les premières sociétés anonymes de quelque importance, ainsi : la *Banque de St-Georges* à Gênes, constituée définitivement en 1407, avec un capital nominal de 510,000 écus, divisé en 20,400 actions *(luoghi)*. La découverte du Nouveau-Monde et de la route des Indes eût pour conséquence de transporter ailleurs que dans les pays riverains de la Méditerranée le centre des transactions commerciales. L'Angleterre marche en tête des autres nations dans la voie du commerce international. Elle possède des sociétés anonymes dès le XVI[e] siècle ; la plus célèbre est sans contredit l'*East India Company*, qui fut autorisée le 31 Décembre 1599 par une charte de la reine Elisabeth ; son capital social était de 70,000 liv. sterl. divisé en actions nominatives de 50 livres chacune et transmissibles. Le prodigieux succès de la Compagnie des Indes provoqua en Angleterre et ailleurs la fondation de nombreuses sociétés anonymes et donna lieu à un agiotage sans nom. La Hollande suivit. Dès le XVII[e] siècle, la France, elle aussi, entre dans ce mouvement des grandes associations. En 1664, la *Compagnie française des Indes orientales* est fondée avec un capital social de 15 millions de livres, qu'elle perdit en faisant, par surcroît, des dettes pour 10 millions de livres. En 1716, le financier *Law* obtient du gouvernement français l'autorisation d'établir une banque privée au capital de 6 millions de livres. En 1718, cette banque fut transformée par édit en Banque d'Etat, dont Law conserva la direction. Dans l'intervalle, il avait fondé la *Compagnie du Mississipi ou d'Occident* avec un capital de 100 millions de livres, divisé en actions de 500 livres payables en obligations de l'Etat. L'année suivante, il intrigue pour avoir le privilège exclusif du commere avec l'Inde, et, en 1719, la Banque d'Etat dirigée par Law fusionne les anciennes compagnies privilégiées en une nouvelle société monstre, la *Compagnie des Indes*, dont les actions de 500 livres furent poussées jusqu'à 750 livres au moyen du système des opérations à terme que Law avait importé d'Angleterre en France. On sait le reste, et comment l'édifice de Law s'écroula en 1720.

801. Ces sociétés d'avant la Révolution étaient toutes soumises à l'*autorisation de l'Etat*, octroyée, en Angleterre, par des actes du Parlement, en Hollande, par les Etats-généraux, en France, en vertu

d'ordonnances royales. La Révolution française, en supprimant les privilèges royaux et en proclamant le principe de la liberté de l'industrie et du commerce, favorisa la naissance d'une foule de sociétés anonymes, dont plusieurs, créées dans un but d'agiotage, compromirent bientôt le succès des emprunts de l'Etat par des spéculations à la baisse sur ces emprunts. Un décret de 1794, émané de la Convention, supprima toutes les sociétés ou compagnies existantes et défendit l'établissement de nouvelles associations du même genre. Une loi du 30 Brumaire an IV tomba dans l'excès contraire en permettant, sans restrictions aucunes, la création de sociétés par actions. Enfin, le Code de commerce français de 1807, qui est la première loi générale dans ce domaine, vint réglementer, à côté des sociétés en nom collectif et en commandite, les sociétés anonymes qu'il subordonna à une autorisation de l'Etat et soumit à la surveillance du gouvernement, afin de protéger les intérêts des créanciers, qui n'ont de recours que sur le fonds social, et d'empêcher que les statuts, arrêtés à l'ordinaire par les fondateurs, ne consacrent des fraudes au préjudice des souscripteurs d'actions. On para sans peine au double inconvénient de l'autorisation et de la surveillance de l'Etat, en créant, au lieu de sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions qui pouvaient se constituer sans autorisation préalable. En somme, le Code de commerce n'atteignit point son but, la société en commandite par actions rendant, sans qu'on pût y mettre obstacle, tous les services désirables aux brasseurs d'affaires véreuses et aux grugeurs d'actionnaires. Des abus si inquiétants pour le crédit et la morale publique se produisirent, que, successivement, des lois de 1856 et de 1867 frappèrent les sociétés anonymes et en commandite par actions de plusieurs prescriptions restrictives, au point de vue de leur constitution et de leur fonctionnement, tout en abolissant, il est vrai, l'autorisation préalable pour les sociétés par actions ; celle-ci n'est plus exigée que pour les tontines et les sociétés d'assurance sur la vie, mutuelles ou à prime, dont les opérations compliquées donnent lieu de craindre que les intéressés ne se laissent facilement induire en erreur. L'Angleterre avait, au demeurant, montré la voie par ses lois de 1844, 1855, 1862 et 1867.

En Allemagne, l'autorisation préalable du gouvernement, maintenue sous certaines réserves par le Code de commerce de 1861, supprimée presque complètement par la novelle du 11 Juin 1870, le fut d'une manière définitive par la loi du 18 Juillet 1884 sur les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes.

En Suisse, nous avons eu, en général, l'autorisation préalable jusqu'à l'entrée en vigueur du Code féd. des obl., qui l'*abolit* absolument. Et avec raison, car le système de l'autorisation préalable n'offre que des garanties souvent illusoires au public, en exposant les sociétés anonymes à subir la déplorable lenteur des formalités administratives. Il est en train de disparaître partout.

802. Dans cette rapide revue historique du développement des sociétés anonymes, nous avons pu voir que cette forme de société était particulièrement favorable à la spéculation et à la fraude, si, d'autre part, elle avait contribué à décupler la valeur des grandes découvertes modernes et l'élan de l'activité commerciale. Certes, toutes les œuvres importantes de notre siècle, presque toutes les merveilles de l'industrie humaine, que les Etats n'eussent peut-être pas eu la force ou le courage d'accomplir, sont dues aux sociétés anonymes : constructions de voies ferrées, comme le Gothard ou le Simplon et tant d'autres en Suisse et à l'étranger, percement de l'isthme de Suez, exploitation de fabriques immenses, etc. Mais la médaille a son revers. M. Haberstich a dit fort justement : *Es ist mit den Actiengesellschaften unendlich viel Schwindel getrieben worden*, — les sociétés anonymes ont été souvent le tripotage organisé. La sphère d'action d'une société anonyme est si vaste, la plupart du temps, qu'il est fort malaisé de se rendre compte exactement de sa position. Et ce ne sont pas les associés, mais bien des représentants non tenus des dettes sociales, qui agissent au nom de la société ; et personne ne répond de ces dettes sur tous ses biens, comme dans les sociétés en nom collectif ou en commandite ; et la faillite de la société est anonyme, comme la société elle-même, ensorte que nul n'en subira individuellement le déshonneur. La société par actions, pure association de capitaux, cherche à gagner de l'argent, par tous les moyens possibles, quelquefois les moins avouables ; et si l'affaire tourne mal, les créanciers ne trouvent plus qu'une situation très compromise, un capital-actions englouti, quelques immeubles grevés d'hypothèques, un peu de mobilier, — et des dettes. Des actionnaires et des créanciers trop confiants auront sans doute subi de grosses pertes, mais les habiles auront déjà su tirer leur épingle du jeu et bâtir leur fortune sur les ruines de la société. L'intervention de l'Etat dans ce domaine a paru nécessaire. Mais comment s'exercera-t-elle ? On a reconnu le peu d'efficacité de l'autorisation préalable et de la surveillance du gouvernement. Le Code fédéral les a supprimées. Il fallait les remplacer par des rouages plus actifs et plus sûrs. Les principes au moyen desquels les législations modernes ont tenté de brider les sociétés anonymes sont ceux de la *publicité*, de la *responsabilité* et du *contrôle*. Notre loi impose à ces sociétés l'observation de règles très sévères quant à leur organisation et quant à leur fonctionnement. Mais le législateur devra prévoir des mesures plus efficaces et ne pas reculer devant des sanctions pénales, comme les lois française, anglaise et allemande (cfr. C. com. all. revisé, art. 202, et s., 241, 249, 268, et s.).

802 *bis.* Une récente statistique nous apprend que nous possédions en Suisse, au 31 décembre 1901, 2147 sociétés anonymes, dont

2056 avaient dans notre pays le siège principal de leurs affaires. Nos sociétés suisses par actions disposaient d'un capital social de près de deux milliards, exactement 1,881,595,861 fr., avec un capital moyen de 915,173 fr. Les actions au porteur représentent un chiffre de 1,302,568,476 fr., contre 579,027,355 fr. d'actions nominatives. Quelques intéressants détails encore.

Pour 100 sociétés, nous avons les données suivantes :

Epoque de fondation	Sociétés	Capital
1901	8.1 °/o	4.3 °/o
1900/1896	30.1 °/o	22.0 °/o
1895/1891	14.3 °/o	10.4 °/o
1890/1886	12.0 °/o	18.3 °/o
1885/1881	7.5 °/o	3.5 °/o
1880/1876	6.2 °/o	2.0 °/o
1875/1871	8.3 °/o	10.3 °/o
1870/1861	7.9 °/o	11.4 °/o
1860/1851	3.2 °/o	12.9 °/o
antérieure	1.5 °/o	4.9 °/o
inconnue	0.2 °/o	0.01 °/o

On constate qu'avec le temps le capital social n'augmente pas. Les sociétés qui ont été créées avant 1881 représentent le 27.1 °/o du chiffre total des sociétés anonymes et possèdent ensemble les 41.5 °/o du capital social.

La répartition des sociétés suivant l'importance de leur capital peut être figurée ainsi :

Capital social Fr.	Sociétés avec actions au porteur	Sociétés avec actions nominatives	Ensemble
300— 10,000	5.5	22.5	14.6
10,001— 50,000	15.1	23.1	19.5
50,001— 100,000	13.2	13.1	13.1
100,001— 500,000	35.6	26.8	30.9
500,001—1,000,000	11.5	6.5	8.8
1,000,001—5,000,000	15.8	5.9	10.4
au delà de 5,000,000	3.6	1.8	2.7

Les petites entreprises se constituent surtout en sociétés émettant des actions nominatives. Pour le 59 °/o, le capital social ne dépasse pas 100,000 fr., et pour le 22,5 °/o il n'excède point 10,000 fr. C'est ici que se manifeste en particulier la tendance à renforcer autant que possible l'élément d'influence personnelle.

Le montant d'une action varie de 2 fr. à 10,000 fr. suivant les sociétés ; le nombre de celles dont le capital est très fractionné est relativement grand.

Montant d'une action Fr.	Sociétés avec actions au porteur	nominatives	Ensemble
inférieur à 100	$16._3$	$38._0$	$27._9$
101— 250	$16._2$	$9._8$	$12._8$
251— 500	$55._7$	$24._5$	$39._0$
501—1000	$10._1$	$17._3$	$13._9$
supérieur à 1000	$1._7$	$10._4$	$6._4$

Les actions d'un montant très faible et celles d'un montant très élevé sont plus nombreuses dans les sociétés avec actions nominatives que dans celles avec actions au porteur ; ici, ce sont les actions de 500 fr. qui dominent, avec le $57._7$ °/o des sociétés et le $69._4$ °/o du capital social. La situation s'est très peu modifiée en 1903 (2203 sociétés anonymes, avec un capital de 1,801,548,901 fr., — la Compagnie du Jura-Simplon ayant été dissoute par suite du rachat des chemins de fer).

802 *ter*. L'organisation insuffisante de notre société anonyme, le fait qu'une société de cette nature peut être, en réalité, l'affaire d'une personne, ou d'une famille, ou d'un consortium qui se préoccupe avant tout d'échapper à toute responsabilité individuelle, la circonstance, en outre, que les parts d'associés peuvent, aux termes des statuts d'associations de plus en plus nombreuses, être librement cédées, ont éveillé l'idée de compléter notre régime des sociétés et d'introduire dans notre législation la *société à responsabilité limitée ;* elle semble bien répondre à un besoin, en ce sens qu'elle borne la responsabilité de ses membres à la fortune sociale, quoiqu'elle soit non point exclusivement une association de capitaux, mais une société où l'élément individuel joue un rôle assez prépondérant. La loi allemande du 20 Avril 1892 a consacré cette forme de société, qui tient en quelque sorte le milieu entre la société en nom collectif et la société anonyme ; nous en possédons comme une première ébauche, à regarder de près les termes de l'art. 688 C. O. En Allemagne, la raison sociale peut être réelle, nominative ou mixte. La société est administrée par des gérants *(Geschäftsführer)*, responsables du soin qu'ils apportent à l'exécution de leur mandat, — sans parler de leur responsabilité pénale. Un conseil de surveillance et l'assemblée générale constituent les autres pouvoirs de la société, dont le capital (20,000 marks au minimum) correspond au capital-actions de la société anonyme et se compose de versements des associés *(Stammeinlage)*, avec faculté de prescrire des versements supplémentaires *(Nachschusspflicht)*. Ces sociétés se sont développées rapidement (183 en 1893, 254 en 1894, etc.) ; elles ne paraissent pas conciliables avec le système de notre loi, et les expériences faites jusqu'à ce jour ne laissent point d'inspirer quelques inquiétudes.

803. L'art. 613, que nous croyons devoir placer ici, déclare, de la manière suivante, que le Code fédéral ne règle pas certaines sociétés anonymes : *Les dispositions qui suivent ne sont pas applicables aux établissements (banques*[1]*, caisses d'assurance, etc.), qui sont fondés par des lois cantonales spéciales et administrés avec la participation d'autorités constituées, lorsque l'Etat se déclare subsidiairement responsable des dettes de la société, et encore que le capital nécessaire ait été, en tout ou en partie, divisé en actions et fourni par des particuliers* (cfr. art. 719). Il faut que les sociétés anonymes réservées au droit cantonal par l'art. 613 soient : 1° créées par des lois cantonales ; 2° administrées avec la participation de l'Etat ; 3° garanties par ce dernier, en ce qui concerne leurs engagements. Si l'une ou l'autre de ces conditions vient à manquer, le C. O. est de nouveau applicable. Il y a lieu de remarquer toutefois (cfr. art. 899), à l'égard des établissements fondés avant le 1er Janvier 1883, que la troisième condition n'est pas exigée.

On s'est demandé ce qu'il en était de semblables établissements garantis par des communes. Ils sont régis par le droit commun. l'art. 613 renfermant une disposition exceptionnelle qui ne peut être étendue au delà de ses termes. On a estimé — à tort ou à raison — que la participation de l'Etat à la gestion suppléait les garanties dont notre Code a entouré la fondation des sociétés anonymes.

CHAPITRE PREMIER

Dispositions générales.

SECTION PREMIÈRE

Nature et formation de la société anonyme.

804. *De sa nature.* La société anonyme n'est, avons-nous dit, qu'une association de capitaux. Son caractère distinctif, qu'on ne retrouve à ce degré dans aucune autre forme de société, est que la

[1] C'est le cas des banques cantonales d'Etat. Voir *A. T. F.* XIV, 668 et s., 691 et s., XVII, 413.

responsabilité de tous les associés, administrateurs ou non, est restreinte à leur mise. De là, sa dénomination de société *anonyme ;* la personne des sociétaires est indifférente, leur apport seul, leurs actions entrent en ligne de compte ; alors que le crédit des autres sociétés est surtout ou plutôt personnel, le crédit de la société anonyme est éminemment réel. Par sa stabilité, puisque sa durée est indépendante de la vie, de la mort, de l'incapacité, de la faillite des associés ; par la facilité qu'elle a de disposer de fonds considérables, elle est le type le plus parfait des sociétés commerciales. Elle ne convient d'ailleurs qu'aux grandes entreprises, les autres pouvant être plus avantageusement dirigées par d'autres espèces de sociétés. Lorsqu'on voit descendre, comme il arrive souvent, leur capital social à 100,000 fr. ou au-dessous, l'on doit craindre qu'une société anonyme fondée sur des bases aussi étroites ne soit condamnée d'avance à péricliter. Il faut absolument que la puissance du capital, et non le travail personnel, soit le facteur essentiel d'une entreprise pour que la société par actions réussisse à la mener à bien. Une autre particularité qui rend la société anonyme, dans la sphère où elle doit circonscrire son activité, de beaucoup supérieure à toutes les autres, c'est la faculté qu'ont les associés de ne pas administrer la société et de pouvoir s'en retirer à tout moment en réalisant leur part dans l'actif social au moyen de la vente de leurs actions. Enfin, pour des opérations aléatoires qui demandent des fonds importants, la société anonyme est encore la meilleure forme d'association parce que, dans l'éventualité d'un insuccès, les pertes faites tombent non pas à la charge de quelques personnes mais se répartissent en général sur de nombreux actionnaires.

Les mauvais côtés de la société anonyme ont été signalés *grosso modo* dans notre introduction. Insistons encore sur quelques points. Les actionnaires confient à des administrateurs le soin des affaires sociales, dont ils ne s'occupent ni ne peuvent s'occuper directement; ils se bornent à retirer leurs dividendes, — s'il en est distribué. Les administrateurs gèrent la chose d'autrui, n'y consacrent pas la même diligence que des associés personnellement responsables, n'ont pas une initiative suffisante, liés qu'ils sont par des décisions parfois malheureuses de l'assemblée générale, n'ont pas toujours un intérêt assez sérieux à la prospérité de l'entreprise sociale, peuvent même avoir tout avantage à la baisse des actions de la société, etc. Les frais généraux des sociétés anonymes sont relativement excessifs, une direction centrale énergique y fait défaut, le coulage y est de tradition et la spéculation de règle. Assez fréquemment, les sociétés anonymes ne sont que d'autres espèces de sociétés transformées pour ajourner la faillite ; et alors, on peut être à peu près certain que si les banques qui opèrent ces transformations réalisent de beaux bénéfices, les actionnaires en pâtiront.

En résumé, les sociétés anonymes devraient ne se lancer que dans

des affaires de conséquence, avec des fonds imposants, et atteindre, par la force du capital, des buts que le travail individuel poursuivrait en vain.

805. La société par actions est donc une société, dans laquelle les associés sont inconnus du public et ne sont responsables que jusqu'à concurrence de leur mise ; cette mise s'appelle : *action*. Dès que l'associé a versé sa mise, il est libéré de toute autre obligation sociale. Ajoutons, qu'en Suisse, il faut *au moins six personnes*[1] pour constituer une société anonyme : cinq actionnaires ayant droit de voter (voir ad art. 640) et le conseil d'administration qui peut ne compter qu'un seul membre (art. 649). La définition que l'art. 612 de notre Code donne de la société anonyme est la suivante : *La société anonyme ou société par actions est celle qui se forme sous une raison sociale n'énonçant pas le nom des associés, dont le capital, déterminé à l'avance, est divisé en actions et dont les dettes ne sont garanties que par l'avoir social, sans que les associés en soient tenus personnellement*. Reprenons un à un ces divers éléments essentiels, en droit fédéral, de la formation de toute société anonyme :

1° *Une raison sociale* n'énonçant pas les noms des associés (cfr. art. 872 et 902), ni d'aucune autre personne, afin que les tiers ne puissent s'imaginer qu'il y a des personnes individuellement responsables des dettes sociales.

2° *Un capital déterminé à l'avance* et *divisé en actions*. Si le montant du capital doit être déterminé avant la constitution de la société, c'est qu'il importe que les futurs actionnaires puissent apprécier d'ores et déjà les chances de réussite de la société ; c'est aussi qu'il faut absolument que les fondateurs se rendent compte des bases sur lesquelles reposera leur entreprise. Enfin la société anonyme se distinguera par là des associations régies par les art. 678 et s., où ni le nombre des associés ni le chiffre du capital social n'ont besoin d'être fixés au préalable. Si le capital doit être divisé par *actions*, c'est que l'action est de l'essence même de notre société anonyme (cfr. art. 614, 619).

3° *Les dettes sont garanties exclusivement par l'avoir social*, sans responsabilité personnelle des associés, ceux-ci n'étant tenus qu'envers la société à laquelle ils doivent le montant de leur mise

[1] Dans un mémoire, non imprimé, adressé le 13 Avril 1896 au Département fédéral de Justice et Police par M. *Hafner*, ce dernier expose que le C. O. ne fixe pas de minimum légal pour le nombre des associés (la société pourrait donc ne comprendre que deux actionnaires) et que d'ailleurs, sous l'empire des législations qui adoptent un minimum légal, la société anonyme peut subsister après que le nombre de sociétaires nécessaire pour sa fondation n'existe plus (*Gierke :* Genossenschaftstheorie, etc., p. 838).

(cfr. art. 637 *in fine*). Nous reprendrons ce point en traitant, au chapitre suivant, de l'art. 633.

4° *La durée de la société n'est pas limitée.*

806. La société anonyme régulièrement constituée (art. 615 et s.), inscrite et publiée, est douée de *personnalité juridique* (cfr. en particulier art. 623). C'est ce qu'exprime, en ces termes, notre art. 625 : *La société anonyme a, comme telle, ses droits et ses obligations propres ; elle peut acquérir des droits de propriété et d'autres droits réels, même sur des immeubles ; elle peut ester en jugement* (al. 1). Tout en renvoyant, pour le détail, aux art. 559 et 623, nous devons ajouter que les organes autorisés à la représenter et à contracter en son nom sont fixés aux art. 642 et s. L'art. 213 du Code de com. al. porte en outre : « Le for ordinaire de la société est déterminé par le lieu où elle a son siège ». Nous pouvons nous approprier ce principe. En ce qui concerne le droit d'ester en jugement, la jurisprudence allemande reconnaît qu'une société anonyme *étrangère*[1], c'est-à-dire, ayant son siège social en pays étranger, si elle est régulièrement constituée d'après la législation de ce pays, peut comparaître devant les tribunaux de l'Empire; en qualité de demanderesse. La même solution est certainement admissible en Suisse et se trouve d'ailleurs consacrée par divers traités internationaux.

807. L'al. 2 de l'art. 625[2] dispose encore: *Pour les affaires d'une de ses succursales, elle* (la société anonyme) *peut aussi être attaquée devant les tribunaux auxquels ressortit cette succursale.* Si le siège principal de la société est déterminant pour régler la question de for, il convenait, dans l'intérêt public, de permettre que les succursales pussent, à raison de leurs engagements, être actionnées devant le juge de leur siège. En application d'une circulaire du Conseil fédéral du 13 Mars 1883, les succursales de sociétés anonymes *étrangères* sont autorisées, et même obligées, à se faire inscrire au registre du commerce.

808. *De sa formation (statuts).* Les sociétés par actions ne peuvent naître d'un jour à l'autre. Il est nécessaire qu'elles soient sûres avant tout de pouvoir vivre. Leur fondation est dès lors précédée d'une période préparatoire, de durée variable, pendant laquelle on rédigera le projet de statuts, réunira les souscriptions, procédera à l'accomplissement des autres formalités requises par la loi.

Tandis que les sociétés en nom collectif et en commandite peuvent reposer sur une convention purement verbale, la société ano-

[1] Il en est de même en France (*Thaller*, 427).
[2] *A. T. F.* XV, 581.

nyme n'est constituée que par un *contrat solennel*. L'art. 615 al. 1 le dit en ces termes : *La fondation de la société et les dispositions des statuts doivent être constatées par un acte authentique ou signé de tous les actionnaires*. Donc, deux modes de constitution admissibles (nous ajoutons que les statuts ne peuvent être arrêtés définitivement qu'en assemblée générale convoquée à cette fin):

1° *acte authentique*, dont la forme est fixée par la législation cantonale, qui désignera en même temps les personnes capables de recevoir des actes de ce genre ;

2° *acte sous seing privé signé de tous les actionnaires;* il est évident que cet acte serait valable, si, étant passé en la forme authentique, il était, par surcroît, revêtu de la signature de tous les actionnaires; la signature de l'ensemble des actionnaires a pour effet de donner à des statuts passés dans la forme sous seing privé la même valeur qu'à un contrat de société constaté par acte authentique.

Dans l'un et l'autre cas, on fait application des art. 9 et s., en particulier de l'art. 11.

Il existe, au surplus, deux modes de constitution, qui se distinguent l'un de l'autre en ce que, dans le premier, le capital tout entier est souscrit par les fondateurs *(Simultangründung)*, alors que, dans le second, les fondateurs ne souscrivent qu'une partie du capital social et s'adressent au public, au moyen de prospectus, pour rassembler les souscriptions indispensables à la formation de ce capital *(Successivgründung)*.

809. Les *statuts* ne peuvent être rédigés librement par les parties. Ils supposent au reste, pour devenir définitifs et satisfaire au vœu de la loi, que la société est organisée, que le siège et la raison sociale sont choisis, que le capital social est souscrit, etc. Mais il ne faut point perdre de vue ceci : c'est que les statuts d'une société anonyme s'interpréteront, dans des contestations entre la société et des tiers, au point de vue du public, qui ignore les circonstances précises dans lesquelles ils ont été adoptés et qui est obligé de tenir compte uniquement des prescriptions positives qu'ils renferment; ces prescriptions elles-mêmes seront prises dans leur sens logique et grammatical, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des intentions que peuvent avoir eues primitivement les auteurs du contrat social[1].

L'art. 616 dispose : *Les statuts doivent déterminer notamment*:

1° *la raison sociale et le siège de la société* (cfr. art. 873 et 902; cfr. aussi art. 621 al. 1, 625, 626 al. 3);

2° *l'objet de l'entreprise* (cfr. art. 627 al. 2 et 3), le but devant être licite et certaines sociétés anonymes (compagnies de chemins de fer, par exemple) étant soumises à des prescriptions particulières;

[1] *A. T. F.* XXVI², 276 et s.

3° *la durée de l'entreprise, si celle-ci est restreinte à un temps déterminé* (cfr. art. 626 al. 1, 664 chif. 1) ; cette énonciation tombe lorsque la société est fondée pour une durée illimitée ;

4° *le montant du capital social et de chaque action ;* il importe de ne pas confondre le capital social avec le capital d'exploitation, qui peut comprendre à la fois le capital social et le capital-obligations, ce dernier n'étant autre chose que le résultat d'un emprunt, dès lors une dette de la société (cfr. art. 612, 614, 618, 619, 626 al. 1 ; cfr. aussi art. 614 al. 2, 633) ;

5° *la nature des actions, soit au porteur, soit nominatives* (cfr. art. 614 al. 1 et 636 al. 1) ; *le nombre de chacune des deux espèces, s'il est fixé* (c'est-à-dire, le cas échéant, le nombre de chacune des deux espèces, — die *etwa bestimmte Zahl*, etc.) ; *le mode de leur conversion* (de l'une des espèces en l'autre), *si elle est admise ;*

6° *les organes chargés de l'administration et du contrôle* (cfr. art. 642, 644, 647, 650 et s. ; cfr. aussi art. 642, 644 al. 3 chif. 1 647, 659 et s.) ;

7° *le nombre des actions que les membres de l'administration sont tenus de déposer* (cfr. art. 658) ; on constatera plus loin que ce dépôt est obligatoire, mais on voit que les statuts peuvent prescrire le nombre des actions à déposer ;

8° *les dispositions relatives à la convocation* (cfr. art. 644 al. 1, 2 et 4, 645, 646 al. 2, 657) *de l'assemblée générale, au droit de vote des actionnaires* (cfr. art. 619 al. 3 et 4, 628 al. 5, 640 al. 1 et 2, 655 al. 2) et au *mode de délibérer* (cfr. art. 627 al. 1, 2 *in fine* et 3, 644 al. 2, 648) ;

9° *les questions qui ne peuvent être tranchées à la simple majorité des actionnaires présents, mais seulement à une majorité plus forte ou sous d'autres conditions* (cfr. art. 619 al. 4, 627, 628 al. 5, 648, 666 al. 3) ; sauf pour les questions spécialement réservées par les statuts ou la loi, la majorité absolue suffit, dans le sens de l'art. 648 ;

10° *le mode d'établissement et d'examen du bilan* (voir art. 656 ; cfr. aussi art. 614, 644 al. 2, 655, 659 et s.), *ainsi que les règles prescrites pour calculer et distribuer les bénéfices* (cfr. art. 629 al. 1 et 630 à 632) ;

11° *la forme à suivre pour les publications émanant de la société* (cfr. art. 651 et 652).

Pas plus que l'art. 209 C. com. al., notre loi n'exige un *nombre minimal d'actionnaires* pour la constitution de la société ; c'est là une fâcheuse lacune (voir nos 802 *ter*, 805). En Allemagne, on admet un minimum de cinq membres ; ce chiffre est celui auquel nous devons nous arrêter, en regard notamment de l'art. 640, alin. 2.

Les actionnaires — et nous en dirions de même des fondateurs, — peuvent être des personnes physiques ou morales; des incapables pourraient aussi concourir à la formation de la société, s'ils étaient représentés, les mineurs et interdits par leurs tuteurs, les femmes mariées par leurs maris.

809 *bis*. Les statuts mentionneront, éventuellement, les dispositions prévues à l'art. 619. On proposa, dans l'Assemblée fédérale, d'ajouter un chif. 12 à l'art. 616; on y aurait prescrit que jusqu'à ce que le *fonds de réserve* eût atteint le 10 % du capital social, il ne pourrait être réparti de dividendes sans que le 5 % au moins des bénéfices nets fussent attribués au dit fonds. Cette motion, adoptée en premier débat, fut rejetée ensuite parce que de pareilles exigences ne pouvaient convenir à toutes les sociétés anonymes, dont quelques-unes visent, au contraire, à une diminution successive de leur capital.

810. Dans les renvois aux articles que nous avons indiqués en transcrivant l'art. 616, nous avons déjà montré que les statuts ne peuvent régler sans restrictions les points mentionné ssous les chif. 1 à 11 du dit texte. La loi intervient ici plus qu'en tout autre domaine, afin d'empêcher les abus dans la mesure du possible. Les *restrictions légales* au droit des parties de dresser selon leurs vœux le contrat de société sont renfermées plus spécialement aux art. 614, 618, 619, 627 à 633, 635 à 638, 640 à 642, 644, 646, 647, 649, 650, 652, 654 à 659, 663, 664, 666, 670, 673 (cfr. aussi art. 902). Toutes les dispositions des statuts qui seraient contraires à une prescription ou à une défense absolue de la loi seraient nulles et de nul effet ; l'inscription au registre en serait d'ailleurs refusée.

Si les statuts ne sont pas conformes à l'art. 616, si, par exemple, ils ne déterminent rien quant à tel ou tel point expressément signalé aux chif. 1 à 11 de cet article, le préposé au registre du commerce devra en refuser l'inscription et la société sera incapable d'acquérir la personnalité juridique. Mais si l'inscription a eu lieu, ce nonobstant, la constitution de la société n'est point nulle. L'accomplissement de la formalité de l'inscription déploie ses effets malgré la violation de la loi, que le préposé ait commis une négligence en inscrivant ou qu'il ait été trompé par de fausses déclarations. Les actes passés au nom d'une société qui a été inscrite, bien qu'en principe elle n'eût pas dû l'être, la lient comme telle, car la loi la considère comme ayant une existence juridique de par l'inscription même [1]. Il importe peu que l'une ou l'autre des règles impératives des art. 616 et s. aient été violées, même celles qu'on pourrait envisager comme essentielles.

[1] *A. T. F.* XV, 620 et s.; cfr. ibid., XII, 366.

811. C'est seulement par l'*inscription* au registre du commerce que la société anonyme devient une personne morale susceptible d'acquérir et de s'obliger en vertu de l'art. 635. Néanmoins ceux qui ont agi en son nom, avant qu'elle fût inscrite, encourent, comme nous l'expliquerons ad. art. 623, une responsabilité très étendue. Relativement au mode de l'inscription, l'art. 621 porte ce qui suit : *Les statuts doivent être remis en original ou en une copie dûment certifiée, au fonctionnaire préposé au registre du commerce dans la circonscription où la société a son siège* (cfr. art. 624) ; *ils doivent être inscrits* (en entier, car la loi ne parle d'un extrait que pour la publication, et toute pratique contraire serait abusive) *sur le registre et publiés par extrait* (al. 1). On se souvient que, pour les sociétés en nom collectif et en commandite, l'inscription est obligatoire sous peine d'amende (cfr. art. 555 al. 2, 590 al. 2 et 864). Il n'en est pas de même à l'égard de la société anonyme ; le défaut d'inscription rend la société inexistante comme personne juridique, car on ne peut la contraindre à se constituer ; mais l'art. 623 pourra devenir applicable et les administrateurs, qui auront négligé de remplir cette formalité, seront, le cas échéant, exposés à un recours en dommages et intérêts. Il est cependant diverses circonstances qui doivent, sous peine d'amende, être inscrites ; elles sont énumérées aux art. 624, 653, 665, 666, 669 chif. 4, 894, mais il s'agit uniquement de faits postérieurs à la naissance de la société elle-même. Ce que nous avons dit des statuts eux-mêmes se réfère aux changements de statuts (cfr. art. 626 al. 2 et 3).

812. S'il faut, selon nous, que les statuts soient transcrits intégralement dans le registre du commerce, il n'en est pas de même pour leur publication ; celle-ci a lieu seulement par extrait. Suivant l'art. 621, al. 2 : *L'extrait doit indiquer :*

1° *la date des statuts* (cfr. art. 616), non sans doute que la date des statuts se confonde avec l'époque depuis laquelle la société a existé juridiquement (cfr. art. 623, al. 1), mais afin de prévenir des confusions possibles ; en vérité, nous ne comprenons pas très bien l'utilité de cette énonciation dans l'extrait, puisque la chose essentielle est la date de l'inscription ;

2° *la raison sociale et le siège de la société :* ceci est très important, car la raison sociale est l'un des éléments constitutifs de la société anonyme, et le siège sert à déterminer le for des actions à intenter contre la société ;

3° *l'objet et la durée de l'entreprise ;* on sait que l'objet, le but des sociétés anonymes, peut être quelconque, sauf à ne point contrevenir à l'art. 17 ; quant à la mention de la durée, elle est exigée par toutes les législations et l'on conçoit aisément que le public ait

un sérieux intérêt à la connaître, la valeur des actions de la société pouvant dépendre en bonne partie de ce fait (autre solution, art. 553, chif. 3) ;

4° *le montant du capital social et de chaque action ;* il résulte de ceci que notre Code n'envisage pas comme des sociétés anonymes mais bien comme des associations (cfr. art. 678 et s.), les sociétés à capital variable, dont le caractère principal est précisément de n'avoir ni capital ni chiffre d'actions déterminés ;

5° *la nature des actions, soit nominatives, soit au porteur,* — et vraisemblablement aussi, le cas échéant, la circonstance que les statuts prévoient des actions de l'une et de l'autre espèce, la proportion dans laquelle chacune des deux espèces a été prévue, l'admissibilité de leur conversion ainsi que les conditions sous lesquelles celle-ci est autorisée (cfr. art. 616, chif. 5) ;

6° *la forme à suivre pour les publications émanant de la société,* — concernant non seulement les décisions de l'assemblée générale, mais sa convocation et, en somme, tous les actes à l'égard desquels il y a lieu à des mesures de publicité. *Si,* ajoute l'art. 621 *in fine, les statuts déterminent le mode d'après lequel l'administration fait connaître ses décisions et signe pour la société, cette disposition doit aussi être rendue publique* (cfr. art. 651 et 652). La forme indiquée pour les publications de la société est obligatoire, ensorte que les décisions ou actes publiés d'une autre manière seraient sans effet à l'égard des tiers et des actionnaires. En conséquence, il importe que l'extrait publié mentionne encore :

7° la *forme* dans laquelle l'administration *signe pour la société* et *fait connaître ses décisions,* si les statuts renferment des dispositions spéciales à ce sujet ; sinon, les art. 651 à 653 font règle (cfr. art. 621 *in fine),* et il n'est pas nécessaire de rien publier à cet égard puisque le tout est fixé par la loi elle-même.

813. Le Code de com. allem. (art. 210), modifié par la loi de 1884, ordonne la publication : 1° des noms des fondateurs ; 2° des noms des membres de l'administration, du conseil de surveillance et du contrôle. Notre loi est muette sur ces points. Il est certain que l'on ne peut exiger la publication des *noms des fondateurs,* d'après la théorie de notre loi, ces personnes étant traitées par elle avec beaucoup moins de défiance que par la législation allemande et leur position dans la société à constituer ne motivant pas une semblable publicité (cfr. art. 619, 623, 671, 675). Mais qu'en est-il des *noms des administrateurs ?* Ils ne seront publiés que dans le sens des art. 621 *in fine* et 653. On a bien exprimé le désir que les noms de tous les administrateurs fussent inscrits et publiés ; plusieurs cantons ont même suivi ce système que l'autorité fédérale a recommandé ; cependant la loi ne l'exige pas et les sociétés anonymes seraient en droit de protester contre des publications extra-légales.

814. La *forme* de l'inscription est ainsi tracée : une fois la souscription close, une assemblée générale constatera que le capital social est intégralement souscrit et que le versement d'un cinquième au moins de chaque action a été opéré. Elle nommera l'administration, les contrôleurs, etc., et c'est alors seulement qu'une demande d'inscription, à laquelle l'*original* ou une *copie certifiée des statuts* sera annexée, peut être adressée par les administrateurs au préposé au registre du commerce. L'art. 622 dit en outre : *A la demande d'inscription doivent être jointes* (sous peine d'un refus d'inscription) *les pièces suivantes :*

1° *l'attestation que le capital social est intégralement couvert par les souscripteurs* (cfr. art. 618) ; le fait que le versement n'en a pu être obtenu n'empêche pas la société d'avoir acquis l'existence juridique par l'inscription[1] ;

2° *l'attestation que le cinquième au moins du montant souscrit par chaque actionnaire a été effectivement versé* (cfr. art. 618 et 619) ;

3° *les pièces qui établissent la nomination de l'administration et des contrôleurs* (cfr. art. 616, chif. 6, 642), — soit un extrait dûment certifié des décisions de l'assemblée générale à ce sujet ;

4° *s'il y a lieu, l'acte en bonne forme* (soit en forme authentique, ou signé de tous les actionnaires) *constatant les décisions prises par l'assemblée générale en conformité des articles 618 et 619.*

La demande d'inscription doit être ou bien signée par tous les membres de l'administration, en présence du fonctionnaire préposé au registre, ou bien dûment légalisée (mais l'administration ne peut valablement déléguer ses pouvoirs). *L'original ou une copie certifiée des pièces annexées à la demande restera déposée au bureau.*

815. Quant aux *succursales*, l'art. 624 détermine que : *Si la société a des succursales dans d'autres circonscriptions, elles doivent être inscrites sur le registre du lieu où elles sont établies, avec référence à l'inscription concernant l'établissement principal* (cfr. art. 625, al. 2, 654, al. 21). — *La demande d'inscription est faite par la direction de la succursale.* Les succursales de sociétés anonymes *étrangères*[2] sont également autorisées et obligées à se faire inscrire au registre du commerce ; elles devront fournir la preuve que l'établissement principal est organisé

[1] A. *T. F.* XV, 620 et s.
[2] A. *T. F.* XV, 579.

conformément aux lois du pays où il a son siège (cfr. circulaire du Conseil fédéral du 13 Mars 1883); voir n° 807.

816. Il arrivera parfois que toutes choses ne se passeront point régulièrement, lors de la constitution d'une société anonyme, soit que les formalités prévues à l'art. 616, ainsi qu'aux art. 621 et 622, n'aient pas été remplies, soit que les fondateurs aient commis des fraudes. La *responsabilité des fondateurs*, dont nous traiterons plus loin, est réglée par les art. 671 et s. Mais quelle est la valeur des obligations contractées au nom de la société *avant son inscription au registre*, avant donc qu'elle existe juridiquement comme telle? L'art. 623 répond comme suit à cette question : *La société anonyme n'acquiert la personnalité civile*[1] *que par l'inscription* (sauf que l'inscription même peut ajourner le commencement de la société à une date ultérieure, qui fait règle) *sur le registre du commerce. Les actions émises avant cette inscription sont nulles. Ceux qui les ont émises sont solidairement responsables, envers les porteurs de ces titres, du dommage que l'émission leur a causé* (al. 1). Aussi longtemps que la société n'est pas constituée définitivement, qu'elle n'a pas obtenu la personnalité civile ensuite de l'inscription, il est défendu d'émettre des actions en son nom, puisqu'elle n'a pas encore d'existence juridique. Jusqu'à ce moment, les fondateurs ne peuvent que recueillir des souscriptions, après avoir lancé leurs prospectus, rédigé un projet de statuts, etc. Les souscripteurs ne sont liés d'ailleurs que si la société se constitue réellement. En conséquence, les actions, de même que les promesses ou certificats provisoires (cfr. art. 636, al. 1) émis *avant* l'inscription au registre, sont frappés de nullité absolue. Mais afin que les auteurs de semblables émissions (cfr. C. de com. allem., art. 249 *b*, chif. 2) ne restent pas impunis, notre loi statue qu'ils sont solidairement responsables envers *tous* porteurs de ces titres (premiers acquéreurs ou cessionnaires, peu importe) du dommage que l'émission leur a causé, — sans préjudice des poursuites pénales dont ils

[1] On peut se demander ce qu'est exactement le sens des mots « personnalité civile », employés aux art. 623, 678 et 716. Les sociétés anonymes, les associations, les *Vereine* qui ont acquis cette personnalité civile, sont-ils désormais des *personnes juridiques?* Nous n'hésitons pas à l'admettre, mais toujours sous la réserve précédemment formulée (à propos des sociétés en nom collectif) de la spécialité de leur personnalisation. Nous arrivons ainsi au même résultat, en somme, que M. le prof. A. Heussler (*Zeitsch. f. schw. R.* VIII, n. s., entre autres, p. 407 et s.), en ce qui concerne les trois catégories d'associations ci-dessus. Pour les matières non régies par le C. O., ainsi pour l'acquisition de *successions* et de *legs*, les sociétés anonymes devront se soumettre aux conditions déterminées par le droit cantonal (ratification de l'Etat, etc.). Dans le domaine du C. O., elles jouissent d'une capacité civile intégrale, puisque cette loi ne s'occupe que de droits patrimoniaux : cfr. art. 61 et s. de l'avant-projet de Code civil suisse de 1901 et *Huber*, l. c. I, 160, 168, II, 33 et s.

pourront être l'objet, selon le droit des cantons, si ces émissions anticipées ne sont que des escroqueries. La disposition légale précitée, et celle aussi du 2me al. de l'art. 623, ne s'appliquent plus au cas d'une société déjà inscrite, quand même l'inscription aurait eu lieu au mépris des prescriptions impératives de notre Code[1].

Les al. 2 et 3 de l'art. 623 prescrivent, d'autre part: *Ceux qui ont agi au nom de la société avant que l'inscription ait été opérée* (ou avant la date fixée dans l'inscription pour le commencement de la société) *sont personnellement et solidairement responsables* (des obligations ainsi contractées et qui n'engagent naturellement pas la société). — *Néanmoins, les obligations qui ont été contractées ainsi expressément au nom de la société anonyme en formation et qui ne rentrent pas dans les dispositions de l'article 619 peuvent être acceptées par elle après sa constitution, dans les* TROIS MOIS *à dater de son inscription sur le registre du commerce. Dans ce cas, le créancier est tenu de reconnaître la société comme son seul débiteur*. Ceci ne s'applique point au cas dans lequel les fondateurs agissant *en leur nom*, quoique dans l'intérêt de la société, sont seuls responsables faute de convention intervenue qui les décharge valablement sur la société des engagements pris dans ces circonstances. Les obligations assumées par les fondateurs, sous la condition que la société se constituerait, rentrent sans doute dans celles de l'art. 623, al. 3 ; elles sont sans effet si la société ne se forme point, mais si elle est fondée, il y a lieu de les placer sous le coup de la disposition précitée. En somme, toutes les obligations contractées par les fondateurs — agissant directement ou par représentants — au nom de la société anonyme avant l'existence juridique de celle-ci, peuvent, si elles n'ont pas trait à des marchés conclus pour le compte de la société en formation avec un fondateur (cfr. art. 619), être acceptées par elle dans les *trois mois* à partir de son inscription. Si elles ne sont pas acceptées dans le dit délai, l'art. 623, al. 2, entre en ligne de compte, ensorte que la société n'est nullement tenue de ce chef. Sont-elles acceptées dans le dit délai, la société est directement engagée, les fondateurs sont libérés et les créanciers n'ont, même si la société est insolvable[2], d'action que contre cette dernière. L'acceptation ne se produit-elle qu'après les trois mois, les fondateurs n'en demeurent pas moins personnellement responsables, si les créanciers n'ont pas, explicitement ou implicitement, consenti à les libérer en se contentant de la société pour seule et unique débitrice.

[1] *A. T. F.* XV, 620 et s.; cfr. *Zeitsch. des bern. J.-V.* XXIX, 541.

[2] Il est évident que, si la société tombe en faillite avant l'acceptation, celle-ci ne peut plus intervenir utilement. Si l'acceptation a lieu dans les trois mois, alors que la société était déjà insolvable, les créanciers peuvent recourir à l'*actio pauliana* pour faire rescinder l'acceptation ; cfr. art. 285 et s. L. P.

816 *bis*. Dans le système de notre loi, la personnalité de la société anonyme ne naît donc point pendant la phase de sa constitution (cfr. art. 623) ; il n'y a pas même, pendant cette période, et jusqu'à l'inscription opérée au registre du commerce, ce qu'on a désigné par les mots de « personnalité intérieure », ou de « constitution provisoire ».

SECTION DEUXIÈME

Formation du capital social (actions).

817. *De la souscription des actions*. Les *actions* sont le *nervus rerum* de la société anonyme. Ce sont elles qui constituent son capital, son avoir. Il ne faut pas, nous y revenons encore, confondre le *capital social*, composé des actions souscrites, avec le *capital d'exploitation*, qui embrasse à la fois le capital-actions et, le cas échéant, le *capital-obligations*, ce dernier étant une dette sociale, contractée sous la forme d'une émission d'obligations, parce que, généralement, les emprunts que font les sociétés anonymes sont de telle conséquence qu'il est indispensable de les fractionner en obligations de tant et tant, afin de s'adresser au plus grand nombre de prêteurs possible. Les porteurs d'obligations sont donc de simples créanciers de la société.

La *souscription* d'actions est toujours précédée de la rédaction d'un projet de statuts. L'art. 615, al. 2, nous dit effectivement : *Les souscriptions d'actions ne sont valables que par une déclaration écrite se référant aux statuts*, — qui doivent dès lors exister en projet. Le souscripteur s'engage à s'intéresser dans la société pour un certain chiffre d'actions, si elle se forme dans les conditions rendues publiques. Pour que les souscriptions soient données sérieusement, pour que la justification financière de la société puisse se faire sans difficulté, la loi exige qu'elles soient constatées par un écrit se référant aux statuts (cfr. art. 11 et s.). Ce mode de souscription doit-il être suivi sous peine de *nullité ?* Oui, car il repose sur des considérations d'ordre public. Mais on peut souscrire par lettre, même par télégramme, pourvu qu'on se réfère d'une manière générale aux statuts, — et non, par exemple, à un simple prospectus. Par contre, il n'est pas besoin, comme d'après l'art. 209 du C. com. allem., que la déclaration soit donnée en deux doubles et que l'on y mentionne les dispositions les plus importantes des statuts.

Si des modifications sont apportées aux statuts, les souscripteurs cessent d'être tenus, sauf réserve expresse du contraire, car ils ne

sont liés que conditionnellement, à savoir sous la condition que la société se constituera conformément aux statuts sur la foi desquels ils ont souscrit. Ils seraient dégagés, en cas de modifications apportées aux statuts sans leur assentiment, alors même que la liste de souscriptions éventuelles aurait renfermé la clause suivante : « Les statuts définitifs seront arrêtés en assemblée des souscripteurs d'actions à leur majorité et tous les souscripteurs, même ceux faisant partie de la minorité et les absents, y seront soumis [1] ». Il ne peut, en effet, dépendre de la volonté d'une majorité de modifier les conditions sous lesquelles la souscription éventuelle avait eu lieu, par exemple, de décider que les actions souscrites au porteur seront nominatives.

818. Le montant du capital social est l'un des éléments essentiels dans la société anonyme; il faut qu'il soit atteint pour qu'elle puisse exister. Si les souscriptions ne couvrent pas le capital prévu, les fondateurs doivent renoncer à la constitution de la société, à moins qu'ils ne souscrivent personnellement le solde non couvert. Nous avons vu, effectivement, à l'art. 622, chif. 1, que l'inscription de la société ne peut être obtenue, que, partant, la société ne peut naître juridiquement, si la demande d'inscription n'est pas accompagnée d'une « attestation que le capital social est intégralement couvert par les souscriptions ». Les législations modernes sont revenues d'un système qui, comme la loi genevoise ou comme l'ancien Code de com. italien, autorisait la constitution de sociétés anonymés où la moitié ou les quatre cinquièmes du capital social seulement avaient été souscrits. Puisque le montant du capital social est fixé en considération de l'importance du but social, il serait dangereux de permettre des réductions qui condamneraient, à l'ordinaire, la société à l'insuccès, — c'est-à-dire à une liquidation plus ou moins prochaine, mais presque fatalement onéreuse. Les actions sont rassemblées par le moyen de prospectus invitant à des souscriptions publiques, car, à moins d'être des financiers de marque, les fondateurs ne pourront guère souscrire pour le capital social tout entier. Du reste, les fondateurs de sociétés anonymes s'adressent d'habitude, pour lancer les souscriptions, à une ou plusieurs maisons de banque, celles-ci formant un syndicat en vue de conduire l'entreprise avec plus de chances de réussite.

Nous avons dit que les souscripteurs ne sont liés que si la société se constitue définitivement. L'art. 617 [2] de notre Code dispose : *Toute souscription d'actions est faite sous la condition tacite que la société anonyme sera effectivement constituée* (cfr. art.

[1] *R. j. f.* V, 68.
[2] *A. T. F.* XII, 366 (cité ad art. 630); cfr. *ibid.* XV, 620 et s. (voir nos 814 et 816).

616, 618, 621, 622, 623). — *Si une souscription d'actions est subordonnée à une autre condition quelconque, il ne peut en être tenu compte lors de la constatation du capital social, qu'autant qu'elle est couverte par une autre souscription faite éventuellement pour le cas où la condition ne s'accomplirait pas*[1]. Une souscription conditionnelle (sauf le cas de l'art. 617, al. 1) n'est pas une souscription qui puisse servir à la justification financière de la société. Mais deux souscriptions conditionnelles en sens contraire équivalent à une souscription réelle. MM. Schneider et Fick donnent l'exemple suivant : Une ligne de chemins de fer va être établie par une société anonyme ; deux tracés A. et B. sont en concurrence ; une commune souscrit des actions à la condition que le tracé A. soit adopté ; une autre commune souscrit un même nombre d'actions, sous réserve que le tracé B. soit exécuté ; on a satisfait à l'art. 617, al. 2, *in fine*.

819. Notre loi ne s'occupe pas du *mode de répartition des souscriptions*, lorsque celles-ci dépassent le capital social. Si la souscription a lieu dans la même localité ou par l'entremise de personnes qui auront l'occasion de comparer leurs listes, la souscription sera close dès que le capital émis sera intégralement couvert. Mais si elle est ouverte dans plusieurs endroits, peut-être dans plusieurs pays à la fois, il devient impossible de clore immédiatement après souscription du capital, car on ne connaît pas, avant la fin du délai fixé pour souscrire, le résultat de l'émission. Règle générale, les prospectus indiqueront le mode éventuel de réduction : réduction proportionnelle ou élimination d'une partie des souscripteurs. Si les prospectus ne disent rien à ce sujet, on s'en tiendra à la réduction proportionnelle, qui offre les inconvénients suivants : on ne saurait prendre en considération la qualité des souscripteurs ; les actions étant indivisibles (cfr. art. 614, al. 1), on ne peut rien répartir aux souscripteurs d'une seule action ; on est obligé de procéder à un tirage au sort, etc. L'autre mode est encore préférable ; les auteurs de l'émission se réservent la liberté d'éliminer ceux des souscripteurs qu'il leur plaira d'évincer ; à la vérité, ce sera très arbitraire, mais le public aura été prévenu.

820. La souscription, avons-nous fait observer, ne sort ses effets que si la société est réellement constituée par l'inscription au registre, qui, elle-même, ne peut avoir lieu si la formalité prévue à l'art. 622 chif. 1 n'a pas été remplie (voir cependant n° 814). L'art.

[1] *A. T. F.* XXV[2], 14 et s. (serait nulle — car les actionnaires n'ont à verser que le montant statutaire de leurs actions, — toute stipulation par laquelle ils s'engageraient à des prestations périodiques, telles que la fourniture de produits industriels ou agricoles).

618 [1] dispose sur ce point: *Après la clôture de la souscription, une assemblée générale des actionnaires doit, au vu des pièces justificatives qui lui sont soumises, constater par une décision que le capital a été intégralement souscrit et que le cinquième au moins de chaque action a été versé, sauf le cas où les statuts ont reçu la signature de tous les actionnaires et mentionnent que ces conditions ont été remplies. — La décision doit faire l'objet d'un acte authentique ou signé de tous ceux qui y ont pris part.* En vertu de cet article, une société anonyme ne peut, en principe, se faire inscrire (cfr. art. 622), indépendamment des autres formalités à remplir, avant qu'il ait été constaté, par une décision reçue en la forme authentique ou signée de tous les actionnaires présents (cfr. art. 648) ou par une mention *ad hoc* dans les statuts signés de tous les actionnaires: 1° que le capital social est *intégralement* souscrit, et 2° que le 20 % *au moins* de ce capital a été versé. Il convient de dire ici que, conformément à ce que prescrivent l'art. 131 du C. com. italien et l'art. 209 *a in fine* du C. com. allem., les actions de cette première émission (pour les émissions postérieures, cfr. art. 626) ne peuvent être émises pour un montant inférieur à la valeur nominale; autoriser le contraire équivaudrait à induire en erreur les souscripteurs et le public.

L'assemblée générale de l'art. 618 est nommée ordinairement « assemblée constituante » ; c'est à elle aussi qu'il incombe de désigner les membres de l'administration et du contrôle, sans parler de l'adoption des statuts définitifs.

Quelles sont les conséquences de déclarations mensongères insérées dans la décision à prendre en vertu de l'art. 618 ou dans les statuts, sur le même objet? Il y a lieu à *responsabilité*, selon les art. 671 et s., et la société, si elle a été inscrite, n'en existe pas moins légalement.

On a vu ci-dessus que le 20 % au moins du capital social devait être versé avant l'inscription au registre du commerce. Ce chiffre n'est pas trop élevé; les législations étrangères vont presque toutes au delà. Ainsi, en France et en Allemagne, on admet le 25 %. Ces sages mesures ont pour but d'empêcher, qu'avant toute mise de fonds, l'on ne spécule sur la hausse ou la baisse des actions. L'excédent est payable soit à des époques fixes, soit même à des époques indéterminées, sur appels de fonds.

821. Consulter l'art. 620 sous n° 825. Voir aussi les art. 636, 637 *in fine* et 638.

822. *Du mode de versement des actions.* Nous savons *quand* les actions doivent être versées, du moins quand elles doivent

[1] *A. T. F.* XV, 620 et s.

l'être jusqu'à concurrence du 20 °/₀ (cfr. art. 618; voir aussi art. 633 et. s.). Nous rechercherons *comment* s'opère le versement des actions. Règle générale, il aura lieu en espèces; il peut se faire en d'autres valeurs, et même en nature.

Lorsque les apports s'effectuent en argent, rien de plus facile que de les vérifier. Il en est autrement des apports en valeurs ou en nature. L'on sait que les fondateurs de sociétés anonymes, les *Gründer*, ont fait de l'apport en nature une très lucrative spécialité. Ils cèdent, à titre d'apports, contre un certain nombre d'actions, ou contre un certain prix, des valeurs ou d'autres biens qui sont estimés beaucoup trop haut; et le tour est joué. Assurément, il est impossible d'empêcher tous les abus et toutes les fraudes; on peut les rendre malaisés à commettre, et c'est là le but que se sont proposé nos législations modernes. Afin que les fondateurs ne puissent pas écouler à un prix exagéré, en les donnant comme des apports, des biens qui ne trouveraient peut-être pas d'amateurs à moitié prix: afin encore de mettre obstacle à ce que ces mêmes fondateurs ou des actionnaires obtiennent, par surprise, des avantages particuliers, notre loi prescrit en son art. 619: *Lorsqu'un actionnaire fait, autrement qu'en argent, un apport compris dans le capital social, ou lorsque la société projetée doit prendre à sa charge certains établissements ou d'autres biens, les statuts doivent indiquer exactement le prix pour lequel elle accepte ces apports, établissements et biens, ou le nombre des actions données en paiement. Tout avantage particulier en faveur d'un actionnaire ou* — ceci était nouveau en regard du droit allemand — *d'une autre personne ayant participé à la fondation de la société doit également être déterminé dans les statuts* (al. 1)[1]. Quand nous parlons d'apport, nous entendons une partie du capital social, fournie d'une certaine manière, espèces ou *in natura*, contre délivrance d'actions.

823 Cela dit, reprenons les termes de l'art. 619 al. 1, qui, nous le rappelons, a trait à des éventualités se présentant *avant* la constitution définitive de la société. Trois cas sont prévus:

1° un associé fait un apport en biens d'une autre espèce que de l'argent, — valeurs, meubles, immeubles;

2° un associé cède des établissements ou autres biens à la société, au lieu de faire une mise en argent, ou cette cession a lieu par lui ou par un tiers contre paiement d'un certain prix;

3° un associé ou un fondateur de la société réussit à obtenir des avantages particuliers, provisions, gratifications, etc.

Dans ces trois cas, et pour que les souscripteurs soient renseignés

[1] *A. T. F.* XXV², 76 et s. (voir note ad art. 671, chif. 2).

d'avance, la loi exige que les statuts mentionnent l'évaluation donnée à ces apports ou à ces biens, ou l'attribution de ces avantages particuliers. Les articles y relatifs des statuts feront réfléchir ceux qui auront déjà pris des actions et ceux qui avaient l'intention d'en prendre. Lorsqu'il est dit, par exemple, à l'art. 20 des statuts, que tel fondateur cède un mauvais immeuble qu'il exploitait sans succès et qui vaut 20,000 fr.. pour 100,000 fr. d'actions de la société, les souscripteurs y regarderont à deux fois avant d'entrer dans une association de ce genre. Si le 1er al. de l'art. 619 n'était pas observé, les conventions faites au mépris de cette disposition de la loi seraient *nulles* à l'égard de la société. Le Code de com. al. (art. 209 *b*, *g* et *h*) est plus rigoureux : Les fondateurs doivent exposer, dans une déclaration par eux signée, les circonstances qui justifient le montant pour lequel les apports en nature ou les établissements ou autres biens ont été acceptés; ils doivent, tout spécialement, y indiquer les conventions antérieures qui se rapporteront aux biens dont il s'agit, ainsi que les prix d'achat et de revient durant les deux dernières années, etc. Toutes ces précautions sont utiles ; on ne peut en vérité déployer assez de sévérité pour prévenir des fraudes que des lois draconiennes peuvent seules combattre avec succès.

824. La première arme créée par notre loi contre les abus que l'art. 619 doit réprimer consiste dans une mention aux statuts. Ce n'est pas tout. Les alinéas suivants du même article déterminent en outre : *Les dispositions de cette nature contenues dans les statuts* (y contenues sous peine de nullité, avons-nous dit, car l'on ne peut, après coup, éluder la loi en surprenant la bonne foi d'une assemblée de souscripteurs) *doivent être approuvées par une décision prise à la majorité dans une assemblée générale convoquée après la souscription du capital social* (al. 2), — mais avant celle de l'art. 618, la constitution de la société dépendant de la ratification des dites clauses. Comment s'établit la majorité ? *Chaque souscripteur d'action présent* (abstraction faite du chiffre d'actions par lui souscrites) *ou dûment représenté n'a dans cette assemblée qu'*UNE *seule voix. — La majorité doit être du* QUART *au moins de l'*ENSEMBLE *des actionnaires et représenter au moins le* QUART *du capital social. L'associé dont l'apport ou les avantages sont en discussion n'a pas le droit de voter* (al. 3 et 4), — mais bien celui dont les établissements ou autres biens doivent être acquis par la société et qui n'ont pas le caractère d'apports. Enfin, *la décision doit faire l'objet d'un acte authentique ou signé de tous ceux qui y ont adhéré* (al. 5), — donc de ceux qui ont formé la majorité. Si une majorité suffisante n'est pas atteinte (sauf si le quart des souscripteurs n'est pas présent), la formation de la société a échoué. Si le quart des souscripteurs n'était pas présent, une nouvelle assemblée peut être convoquée (non pas nécessaire-

ment à trente jours au moins de la précédente, comme d'après l'art. 627); mais la majorité doit toujours être celle de l'art. 619 al. 4. Il est regrettable qu'un délai ne soit pas fixé pour la convocation de cette nouvelle assemblée.

Quant aux acquisitions à faire plus tard par la société, après sa constitution, elles auront lieu par ses organes réguliers, selon les prescriptions de la loi ou des statuts.

825. Le mode de convocation de l'assemblée générale, avant la formation définitive de la société, n'a pas été réglé par notre Code. Mais l'art. 620 dit que: *Dans les cas indiqués aux articles 618 et 619, la convocation de l'assemblée générale*[1] *a lieu suivant le mode prévu par les statuts,* — soit par le projet de statuts. Si celui-ci ne prévoit rien, chaque souscripteur devra être convoqué personnellement.

826. *De la nature des actions.* Les actions sont les mises, les apports, des associés dans la société. Elles représentent des portions déterminées du capital social divisé en un certain nombre de parts, ainsi que le droit des associés fondé sur la promesse de payer ou le paiement de ces portions déterminées. Elles sont aussi le titre par lequel se prouve le droit d'associé dans une société anonyme.

Comme unité de mesure du capital social, l'action peut seule conférer des droits. Notre loi *prohibe* expressément la *division* des actions en coupures, contrairement au système des lois belge et française. La division des actions en coupures permet assurément aux petits capitalistes de coopérer à la formation des sociétes anonymes et d'attirer un plus grand nombre de souscripteurs. Mais elle soulève bien des objections : d'abord, des gens peu aisés retirent des Caisses d'épargne leurs modestes placements pour les confier à des entreprises aléatoires ; ensuite, les porteurs de coupures ne sont pas des actionnaires, à moins que la loi ou les statuts ne prescrivent que des coupures réunies en nombre suffisant donnent les mêmes droits que l'action. On s'est demandé si, pour plusieurs des motifs qui ont engagé le législateur à interdire la division des actions, il ne convenait pas de fixer un *chiffre minimal* pour la valeur nominale des actions qui, au-dessous d'un certain chiffre, sont, comme le disent avec raison MM. Schneider et Fick, plutôt des billets de loterie qu'autre chose. L'action doit représenter une certaine somme et nous croyons que son montant ne devrait jamais être inférieur à 100 fr. Diverses lois, celles de 1863 et 1867 en France,

[1] Faisons observer qu'il s'agit ici non pas d'une assemblée d'actionnaires, mais simplement de souscripteurs, puisque la société n'est pas ni ne peut encore être constituée : cfr. le texte même des art. 618 et 619.

la novelle de 1870 en Allemagne, avaient adopté un minimum légal pour la somme de l'action. La loi allemande de 1884 a même fixé en principe à 1000 marks (1250 fr.) le montant minimal des actions, en les déclarant indivisibles, par surcroît. Ni notre Code, ni le Code italien de 1882 ne contiennent rien à se sujet, ensorte que, chez nous, comme en Italie, on peut émettre des actions d'une très faible valeur. A ceux qui voulaient un minimum légal, on a répondu que bien des sociétés d'utilité publique avaient besoin, pour se constituer, de recourir à des actions d'un montant peu élevé et que, d'ailleurs, la spéculation s'attachait aux grosses actions davantage qu'aux petites.

827. Ces quelques explications fournies, nous pouvons transcrire le texte de l'art. 614: *Les actions peuvent être au porteur ou nominatives*[1]*; elles sont indivisibles* (al. 1). Les actions au porteur et les actions nominatives diffèrent surtout entre elles quant au mode de leur transmission (cfr. art. 637). Les *actions au porteur* sont, du reste, celles qui ne mentionnent pas le nom de l'actionnaire et qui confèrent la qualité d'actionnaire au porteur du titre; elles constituent des papiers-valeurs, des *Werthpapiere*, même lorsque leur nom peut dépendre de certaines conditions (avis à donner à la société, consentement de l'administration, droit de préemption statutaire en faveur de la société ou de ses membres, etc.); cfr. n° 849. Ainsi que l'a proposé M. Rehfous, dans son rapport précité, on ne devrait en permettre l'émission que lorsqu'elles sont entièrement libérées. Les *actions nominatives*, en revanche, sont celles créées en faveur de personnes nominativement désignées, et elles ne deviennent des papiers-valeurs que lorsqu'elles sont transmissibles par endossement. Les actions sont *indivisibles*, elles ne peuvent être fractionnées en coupures. Ceci est évident, quoi qu'en aient dit MM. Schneider et Fick; et la loi doit, sur ce point, être interprétée d'autant plus strictement que, notre Code ne fixant pas de minimum légal pour la valeur de l'action, il n'est nullement nécessaire de mettre en circulation des parts d'actions; il suffit de réduire à volonté le chiffre de l'action elle-même. Les actions peuvent-elles être d'un montant différent, les unes de 100, les autres de 500 fr. par exemple? Le Code fédéral ne défend point de créer des actions d'un montant différent, attribuant, cela va de soi, au porteur des droits proportionnels à leur valeur. Dans la pratique, on ne cher-

[1] *E. Hahnloser:* Die Namenaktie nach dem B.-G. über das O. R., etc., in-8°, Zurich, 1903; voir, entre autres, p. 158 et s. où les actions nominatives sont rangées au nombre des papiers-valeurs, qu'elles soient endossables ou non (même solution, *Schneider et Fick*, 377; cfr. *A. T. F.* XX, 928, où cette solution n'est admise qu'en regard de l'art. 224, où il semble que les *Werthpapiere* sont susceptibles d'une définition moins étroite qu'aux art. 333, 430 et 440).

chera guère à profiter de cette tolérance du législateur. Mais si les actions sont indivisibles, l'art. 614, 2me al., n'en dit pas moins ce qui suit: *La valeur nominale des actions ne peut être ni diminuée, ni augmentée pendant la durée de la société, si cette modification influe sur la valeur nominale du capital-actions; sauf les dispositions de l'article 670,* — déterminant que le remboursement du capital social aux actionnaires ou la réduction de ce capital ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une décision de l'assemblée générale. Une *diminution* de la valeur nominale des actions, lorsqu'elle aurait pour conséquence une diminution du capital social, pourrait être fatale aux créanciers de la société (cfr. art. 630 et 656, chif. 6). Mais une société au capital d'un million divisé en mille actions de 1000 fr., peut parfaitement réduire à 500 fr. la valeur nominale de ses actions, pourvu qu'elle double le nombre de ces dernières et qu'ainsi le capital social demeure le même. Une *augmentation* de la valeur nominale des actions ne se produira que sous les mêmes réserves, ce qui revient à dire qu'elle est impossible; le capital social ne peut être augmenté que par de nouvelles émissions (cfr. art. 626), auxquelles les actionnaires peuvent se réserver de participer en première ligne et même à l'exclusion de toutes autres personnes; et l'on ne saurait admettre, à tort ou à raison, sous l'empire de notre loi, une augmentation de la valeur nominale des actions, que cette augmentation soit réelle ou fictive, s'il n'y a augmentation correspondante du capital-actions.

La valeur réelle des actions est déterminée par celle du fonds social; mais cette valeur réelle peut ne pas correspondre à la valeur nominale. Il n'est pas moins certain que, pour la première émission, qui doit assurer la constitution de la société par la souscription entière du capital social, les actions doivent être émises au pair ou au-dessus du pair. Quoi qu'il en soit, c'est la valeur nominale, soit le montant pour lequel les actions sont souscrites, que le souscripteur s'engage à verser, indépendamment de leur valeur réelle, qui est variable.

828. Nous avons distingué plus haut les actions en actions *nominatives* et *au porteur*. A d'autres égards, on connaît, outre les *actions de capital* qui sont celles, soit au porteur soit nominatives, payées en argent, les *actions de fondation* par quoi l'on entend celles qui n'ont pas été acquittées en numéraire mais qui représentent la contre-valeur des apports en nature faits par des fondateurs (cfr. art. 619); les *actions industrielles et de prime* qui, distribuées en échange d'un apport d'industrie, ne donnent droit en général qu'à des dividendes et non à une part du capital social qu'elles n'ont point concouru à former; les *actions de prime ou de faveur*, que les fondateurs se partagent entre eux et qui n'autorisent qu'à une participation aux bénéfices *(parts civiles)*; les *actions de*

jouissance, d'anciennes actions payantes remboursées par voie d'amortissement et dont les porteurs restent associés, sauf qu'ils ne participent pas aux intérêts statutaires prévus en faveur du capital social versé et non amorti ; les *actions privilégiées*, fort communes en tous pays, et qui, émises le plus souvent par des sociétés obérées et incapables d'obtenir de l'argent au moyen d'une émission d'actions ordinaires ou d'un emprunt, confèrent aux créanciers de ces actions un privilège sur les bénéfices annuels et, le cas échéant, sur le fonds social.

829. *De l'émission*. L'émission des actions n'est autre chose que l'émission des titres d'actions, des documents servant à constater la qualité d'actionnaire. Comme la société anonyme ne prend d'existence juridique qu'à partir de son inscription au registre du commerce, l'émission de titres d'actions ne peut raisonnablement avoir lieu avant cette date. Aussi l'art. 623, que nous avons expliqué déjà, dit-il que les *actions émises avant cette inscription sont nulles ;* et il ajoute que les auteurs de l'émission sont responsables, envers les porteurs de ces titres, du dommage éprouvé par suite de la nullité dont la loi frappe les actions prématurément émises. La même nullité frappe d'ailleurs les promesses d'actions et certificats provisoires qui seraient émis avant l'époque ci-dessus. En attendant, il n'est délivré aux souscripteurs que des récépissés emportant quittance du montant de leurs versements (cfr. art. 636).

Quant aux *nouvelles émissions*, que le Code de com. al. interdit en général aussi longtemps que le capital social n'a pas été versé intégralement elles pourront sans doute se faire en Suisse, dès que le versement du 20 °/₀ au moins aura été opéré, si les statuts les autorisent. Ces nouvelles émissions, qui ont une augmentation du capital-actions pour objet, sont ordinairement le fait de spéculateurs, lorsqu'elles se produisent avant que tout le capital social soit payé, et l'on a vu très souvent qu'elles n'étaient que l'annonce d'une débâcle.

Notre loi ne dispose rien relativement au prix d'émission. Il est certain toutefois, ainsi que nous l'avons indiqué, qu'une société nouvelle ne peut émettre ses actions au-dessous du pair. Elle les émettra au pair, soit même au-dessus du pair. Il en sera différemment pour les sociétés déjà existantes.

830. *Du transfert*. Les actions sont indivisibles, mais *cessibles*, sauf, pour les actions nominatives, les stipulations contraires des statuts. La propriété des *actions au porteur* se transfère par la tradition du titre (cfr. toutefois art. 636 et 638). Les formalités à remplir pour le transfert des *actions nominatives* sont tracées à l'art. 637, al. 1 à 5, en ces termes. Après nous avoir dit que : *si les actions sont nominatives, le nom et la demeure de l'actionnaire*

doivent être inscrits sur le registre des actions de la société (al. 1), — notre article continue comme suit : *Les actions nominatives sont transmissibles, sauf stipulation contraire des statuts* (al. 2), — qui peuvent restreindre ou même supprimer la faculté du transfert. Si c'est l'usufruit seulement qui en a été cédé, le droit cantonal fait règle. On connaît divers genres de transfert des actions nominatives : 1° le *transfert réel*, opérant transmission de la propriété selon l'une ou l'autre des formes qui seront mentionnées ci-après ; 2° le *transfert de forme*, qui a lieu en cas de décès du titulaire, le nom de ce dernier étant remplacé par celui de l'héritier sur le registre des actions, moyennant que l'héritier justifie de ses droits (cfr. art. 637, al. 1 *in fine* et 6), mais il n'est pas douteux que l'héritier devienne actionnaire déjà par le seul effet de la succession ; 3° le *transfert d'ordre*, fait par le vendeur des actions à un agent de change qui les transmet à l'acquéreur ; 4° le *transfert de garantie*, qui emporte constitution de gage sur des actions nominatives et qui est régi par les art. 210 et s. (art. 213 pour les *actions au porteur)*. La cession produit ici les effets réglés par les art. 183 et s. ; comme l'action n'est point une créance portant intérêt, on peut admettre cependant que le cessionnaire n'est pas autorisé à réclamer les dividendes arriérés (solution contraire pour les intérêts à l'art. 190, al. 2), mais bien, sauf convention contraire, la part de l'année courante dans les bénéfices.

Quant aux formes spéciales du transfert, l'al. 3 dispose : *La transmission peut avoir lieu par voie d'endossement* (cfr. art. 844, al. 1, et 845), — endossement en blanc ou endossement complet. L'endossement en blanc ne saurait avoir, au demeurant, pour effet de transformer les titres nominatifs en titres au porteur, car le caractère du titre au porteur ne peut être rendu dépendant du seul acte unilatéral d'un tiers[1]. Il résulte du texte même de l'art. 637, al. 3, que le transfert peut s'opérer suivant d'autres formes que celle de l'endossement, au moyen d'un acte de cession par exemple, et même verbalement. Néanmoins l'al. 6 de l'article précité disposant que : *la société a le droit, mais non l'obligation, de vérifier les droits du porteur du titre*, — il est nécessaire que le transfert, pour qu'il soit opposable à la société (cfr. encore al. 4 et 5), emporte la remise du titre au cessionnaire[2] et qu'il soit constaté d'une manière parfaitement sûre, afin que la société puisse le tenir pour non avenu, si rien ne le prouve ou si elle juge à propos d'user de son droit de vérification. La justification de la cession résultera soit d'une suite

[1] *A. T. F.* XX, 925.

[2] *A. T. F.* XXIV[2], 924 (d'après cet arrêt, la seule cession suffirait pour des actions nominatives endossables, — mais cette solution n'est guère conciliable avec la nature des choses, car celui qui ne possède pas l'action ne peut faire reconnaître sa qualité d'actionnaire).

non interrompue d'endossements, soit d'un acte en due forme, vente, partage, soit d'une adition d'hérédité, etc., cette justification n'ayant, au reste, pas le sens d'une preuve complète à fournir d'après les règles de la procédure. Si les actions nominatives sont déclarées intransmissibles dans les statuts, la société ne peut reconnaître un tiers comme actionnaire [1].

L'acquéreur d'une action nominative doit faire inscrire le transfert sur les registres de la société et, à cet effet, produire le titre et justifier de la cession dont il se prévaut. — A l'égard de la société, ne sont considérés comme actionnaires que ceux dont les noms sont inscrits sur le registre des actions (al. 4 et 5). La société n'envisage donc comme actionnaire, par rapport à elle, que celui dont le nom figure au registre des actions ; c'est lui seulement qui aura le droit de participer aux assemblées générales, de toucher des dividendes, si les coupons ne sont pas au porteur, etc. Mais le défaut d'inscription n'empêchera nullement la cession d'être valable entre cédant et cessionnaire.

Notre loi n'a pas, comme le droit allemand, le principe que le transfert devra toujours être mentionné sur le titre. Mais cette disposition aurait été en quelque sorte superflue, au vu de l'art. 637, al. 4 *in fine*.

L'al. 7 de l'art. 637 sera expliqué ci-après.

831. En vertu de l'art. 628 [2] : *Il est interdit aux sociétés anonymes d'acquérir leurs propres actions. — Elles ne le peuvent que dans les cas suivants* (cfr. art. 634, al. 3) :

1° *lorsque l'achat a pour objet un amortissement prévu par les statuts* (cfr. art. 670, al. 4) [3] ;

2° *lorsque l'achat est fait conformément à l'article 670, alinéas 1 et 2, en vue du remboursement partiel du capital social* [4] (cfr. art. 614, al. 2) ;

3° *lorsque l'acquisition est la conséquence de poursuites faites par la société en vue d'obtenir paiement de ses créances ;*

4° *lorsque l'achat se rattache à une catégorie d'opérations*

[1] *H. E.* VIII, 43.

[2] *J. d. T.* LII, 300 et s. (arrêt du T. F., du 3 Juillet 1903) : Est nulle la convention par laquelle une société anonyme stipule comme contre-valeur d'un objet qu'elle vend à une association, un prix payable en action de la venderesse, ces actions devant être échangées plus tard contre des parts de l'association achetante ; cfr. art. 670.

[3] Il s'agit ici des *statuts originaires*, car les droits des créanciers ne pourraient être compromis par une décision ultérieure, qui, s'ils l'eussent connue, les eût peut-être décidés à ne pas traiter avec la société.

[4] L'art. 667 est applicable par analogie, en ce que les créanciers doivent être avertis de la manière y prescrite et en ce que l'achat ne peut avoir lieu, tant que les créanciers qui le demandent n'ont pas été garantis ou désintéressés.

rentrant d'après les statuts dans l'objet de l'entreprise (cfr. art. 616, chif. 2, et 627, al. 2).

Si les deux premières exceptions se justifient sans peine, les actions acquises devant être cancelées et dès lors rendues impropres à toute nouvelle aliénation, il est à craindre que les deux dernières ne soient la cause de nombreux abus, car il est contraire à la bonne marche d'une société anonyme que celle-ci puisse se rendre acquéreur de ses propres actions, dans un but de revente peut-être. L'exposé des motifs du C. com. al. disait déjà que : « Le rachat de ses propres actions par une société anonyme, au moyen soit du fonds de réserve, soit des bénéfices, est contraire à l'essence même de la société. En effet, les actions déterminant la proportion dans laquelle les actionnaires sont individuellement intéressés à la société, il est inadmissible que celle-ci revête à la fois la qualité d'actionnaire et celle de personne juridique distincte de la personne des membres qui la composent, — sans compter que l'administration pourrait faire des actions rachetées un usage fatal à la prospérité de la société ». Dans les deux premiers cas, nous le verrons encore, ces dangers n'existent pas. Dans les deux derniers, ils ne sont pas écartés par les prescriptions finales suivantes de l'art. 628 : *Dans les deux premiers cas, les actions rachetées doivent être immédiatement rendues impropres à toute nouvelle aliénation. — Dans les deux derniers cas, les actions dont la société est devenue propriétaire doivent être revendues dans le plus bref délai possible, et le rapport annuel doit signaler ces acquisitions et reventes. Les actions rachetées par une société ne peuvent être représentées dans les assemblées générales,* — ensorte qu'elles ne donnent pas de droit de vote et que l'administration ne devra (ne trouvera-t-elle pas facilement un moyen d'éluder cette défense ?) pas s'en servir dans les votations.

SECTION TROISIÈME

Des modifications apportées aux statuts [1].

832. Les conditions et les besoins tant de l'industrie que du commerce sont changeants. Il serait dès lors peu rationnel que la loi déclarât immuables les statuts d'une société anonyme. Il faut qu'une société de cette sorte puisse, sans passer par une dissolution toujours onéreuse et laborieuse, se transformer lorsque les

[1] *G. Bachmann :* Die Sonderrechte des Aktionnärs, etc., Zurich, in-8°, 1901.

circonstances le commandent. Les statuts pourront être modifiés par décision de l'assemblée générale, sous les deux réserves suivantes :

1° A moins que les changements n'aillent à l'encontre d'une *disposition prohibitive* de la loi (cfr. par ex. art. 636, al. 3).

2° Dans le cas du 1er al. de l'art. 627, ainsi conçu : *L'assemblée générale ne peut, par un vote de la majorité, priver les* (ou des) *actionnaires de droits acquis,* — qui résulteront des art. 614, 616, chif. 10, 627, al. 2 et 3, 629, 630, 631, 632, 633, 634, al. 2, 635, 636, 637, 639, 640, 641, 644, al. 2, 645, 646, 648, 649, al. 1, 3, 4, 667, al. 1, 671 et s., etc. Ce n'est, en particulier, pas un *droit acquis* que le droit au maintien du capital-actions originaire ; ce capital peut être augmenté par une décision de majorité, même si les statuts ne prévoient pas d'augmentation ; et ceci est tout naturel, puisque la société étant libre, sous certaines conditions, de prendre des décisions rentrant dans le cadre de l'art. 627, al. 2, ces décisions emportent nécessairement, la plupart du temps, une augmentation du capital social[1] *(sic Hafner ;* opinion contraire, *Haberstich).* Les droits acquis sont ceux qui appartiennent aux associés en leur qualité d'actionnaires, ainsi, pour en citer quelques-uns, le droit aux dividendes statutaires[2], ainsi le droit d'attaquer un acte contraire aux statuts, à moins que l'associé n'y ait lui-même adhéré, car, bien que ce cas ne soit pas expressément réglé par la loi, toute décision, contraire au pacte social, d'un des organes de la société ne lie point l'actionnaire qui n'y a pas coopéré[3], ainsi, de même, le droit de ne pas subir l'émission d'actions nouvelles privilégiées au détriment des anciennes[4], etc., mais non, en principe, le droit d'empêcher l'émission d'actions nouvelles[5].

833. Sauf ces deux réserves, les statuts sont susceptibles de modifications de par une majorité légale ou statutaire de l'assemblée générale ; les modifications ne sortent toutefois leurs effets que

[1] *H. E.* X, 104.

[2] *R. j. f.* V, 154 : « Il n'y a aucune raison d'admettre que les art. 629, al. 1 et 2, et 667, al. 1, renferment des prescriptions de droit strict, auxquelles il ne pourrait être dérogé par les statuts. Le droit qui régit les sociétés anonymes est du droit permissif (*Vertragsrecht*) ; il est loisible aux intéressés de s'en écarter lorsque le législateur ne prohibe pas des dérogations contractuelles pour des motifs d'ordre général ». Cette décision du Tribunal civil de Bâle-Ville est sujette à caution ; car il paraît plutôt que le droit à des dividendes consacré par les statuts ou le droit à une part de l'actif en cas de dissolution sont des droits acquis ; cfr. *H. E.*, XII, 60.

[3] *A. T. F.* XX, 952 ; cfr. *ibid.* XXVII², 231 et s. (mais ceci ne s'applique point aux décisions simplement inopportunes).

[4] *H. E.* XVII, 306.

[5] *A. T. F.* XXVI², 418 et s.

dès le moment où elles sont inscrites au registre du commerce. Seulement, il faut distinguer deux cas : celui dans lequel les modifications, n'affectant pas le but de la société, peuvent être décidées à la simple majorité (art. 626 ; — cfr. art. 648), et celui où, affectant ce but, elles ne peuvent intervenir que sous les conditions prévues à l'art. 627, al. 2 et 3. Examinons de plus près ces textes.

834. Art. 626 : *Toute décision de l'assemblée générale relative à la continuation de la société* (cfr. art. 616, chif. 3, 664, chif. 1), *à la réduction du capital-actions* (cfr. art. 616, chif. 4, 670) *ou à son augmentation par voie d'émission nouvelle* (cfr. art. 614, 634 et s., 672) *ou bien à toute autre modification des statuts* (cfr. art. 644, al. 3, chif. 2, 664, al. 2, et 627, al. 2 et 3), *doit faire l'objet d'un acte authentique ou signé de tous ceux qui ont voté la décision. — La décision doit être inscrite sur le registre du commerce et publiée comme les statuts primitifs* (cfr. art. 622, al. 2). — *Elle ne produit aucun effet tant qu'elle n'a pas été inscrite sur le registre du commerce de la circonscription où la société a son siège* (cfr. encore art. 627, al. 2, 644, al. 2, 646, al. 2, 648).

835. Art. 627, al. 2 et 3 : *A moins de dispositions contraires dans les statuts, les décisions par lesquelles la société étend le cercle de ses opérations en y comprenant des affaires analogues, ou le restreint, ou fusionne* (cfr. art. 616, chif. 2, 669) *avec une autre société, ne peuvent être prises que dans une assemblée générale où les deux tiers au moins des actions sont représentées. Si, dans une première assemblée générale, les deux tiers des actions ne sont pas représentées, une seconde assemblée peut être convoquée à trente jours au moins de la première, et les décisions prévues au présent article peuvent y être prises encore qu'un tiers seulement des actions soit représenté. Au surplus, elles ne sont valables qu'après avoir été inscrites sur le registre du commerce* (al. 2). La majorité simple n'est suffisante pour apporter aux statuts les modifications énumérées dans le texte ci-dessus, que lorsque les statuts eux-mêmes l'admettent expressément. Les statuts peuvent aussi adopter une majorité autre que la majorité simple, qu'elle soit inférieure ou supérieure à celle de l'art. 627, al. 2. Quand ils sont muets sur ce point, la majorité est celle fixée par la loi. Les changements non prévus par notre texte, ou par le 3[me] alin. de l'art. 627, peuvent être décrétés, en principe, à la majorité absolue. Au reste, les statuts ne doivent pas être envisagés comme un contrat ordinaire, aux modifications duquel toutes les parties auraient à coopérer. L'opposition d'un actionnaire, ou d'une minorité d'actionnaires, ne peut empêcher la société de changer ou de compléter son organisation, d'émettre de nouvelles actions, etc., toujours sous réserve de l'art. 627.

Il est rationnel de ne pas autoriser des changements aussi profonds que ceux prévus au 2me al. de l'art. 627, sans qu'ils soient acceptés par une majorité sérieuse ; si le législateur était demeuré indifférent à ces questions, elles auraient pu être tranchées, par une faible majorité de hasard, dans un sens absolument contraire aux intérêts de la majorité réelle des actionnaires. L'al. 3 du même article ajoute : *La majorité ne peut imposer à la minorité une transformation du but de la société.* Une semblable transformation ne pourra être décidée qu'à l'unanimité des présents *et* des absents. Il surgira assez fréquemment des questions de fait délicates sur l'interprétation du mot : « transformation ». L'extension ou la restriction du cercle des opérations sociales n'impliquera-t-elle pas transformation en certains cas ? Une société industrielle fondée pour l'exploitation d'un brevet ajoute à ses affaires le commerce de banque. Suivant l'importance qu'elle donnerait à ce commerce, ne pourrait-on pas dire que la société s'est transformée plutôt qu'elle n'a étendu le cercle de ses opérations ? D'autre part, les statuts sont susceptibles de modifications à la majorité simple (art. 626), et l'on sera sans doute tenté d'alléguer que telle extension ou restriction des entreprises sociales n'est en réalité qu'un de ces changements valables sur décision prise en conformité du dit art. 626. MM. Schneider et Fick citent l'exemple d'une Compagnie de chemins de fer qui organise un service de bateaux pour venir en aide à ses propres lignes. Si les statuts gardent le silence à cet égard, la majorité de l'art. 627, al. 2, serait-elle nécessaire pour que cette extension des opérations sociales fût régulièrement votée ? Oui, selon nous. Non, selon MM. Schneider et Fick. On voit que le champ des controverses possibles est très vaste.

CHAPITRE II

Des droits et obligations des actionnaires.

SECTION PREMIÈRE

Des droits des actionnaires.

886. I. *Des dividendes et des parts de liquidation.* L'actionnaire n'est responsable des dettes sociales que jusqu'à concurrence de sa mise. Il n'est donc pas, à proprement parler, débiteur à rai-

son des obligations de la société. C'est la société elle-même qui doit, — soit, les actions des personnes qui la composent et les biens qu'elle peut avoir acquis depuis sa fondation. Personnellement étranger aux dettes, l'associé est, pendant la durée de la société tout au moins, personnellement étranger à l'avoir social dont il n'est nullement co-propriétaire avec les autres associés. Il n'a, aussi longtemps que dure la société, sur l'actif de cette dernière, qu'un droit à des dividendes qui représentent l'intérêt de sa mise et qui sont également l'équivalent des risques courus par l'apport de l'actionnaire.

837. 1° *Des dividendes*[1]. Le droit aux dividendes est — en théorie du moins — le droit le plus important des actionnaires, comme aussi celui qu'ils exerceront le plus volontiers. Les capitalistes et les personnes en général qui participent à la fondation de sociétés anonymes par une prise d'actions, cherchent dans les dividendes un revenu supérieur au taux ordinaire de l'intérêt, la différence entre ce taux et le chiffre du dividende étant envisagée comme une prime du risque couru par l'actionnaire. En revanche, si les créanciers de la société, les obligataires, par exemple, viennent avant les associés pour le paiement de leurs intérêts, ils n'ont pas à prétendre aux bénéfices. La fixation des dividendes et le mode de leur répartition font habituellement l'objet de dispositions statutaires ; mais l'assemblée générale emploie les bénéfices comme elle l'entend, à moins encore que la loi n'en décide autrement (cfr. art. 630, al. 1, 631). La plupart du temps, les bénéfices ne sont pas entièrement distribués aux actionnaires ; une partie en sera consacrée à former le fonds de réserve, à payer des tantièmes aux administrateurs, à couvrir des pertes subies, etc. L'art. 629, al. 1, de notre Code s'exprime d'ailleurs comme suit : *Pendant la durée de la société, chaque actionnaire a droit à une part proportionnelle des bénéfices nets, pour autant que, d'après les statuts, il y a lieu de les répartir entre les actionnaires*, — c'est-à-dire, pour autant qu'ils ne doivent pas recevoir une autre destination, fonds de réserve, tantièmes pour les administrateurs, etc. Le dividende se calcule donc sur les bénéfices *nets*, qui seront déterminés par le bilan, et le législateur a veillé à ce que des dividendes ne pussent être distribués d'une manière abusive (cfr. art. 656).

838. Presque toutes les lois récentes interdisent le paiement d'intérêts pour le capital-actions (voir C. com. al., art. 216, C. com. hongrois, art. 163, Code de com. ital., art. 181). Le Code fédéral adopte le même principe, car il défend également la distribution

[1] *A. T. F.* XII, 360 et s., XXVIII[2], 474 et s. (le droit aux dividendes ne peut résulter, pour l'actionnaire, que d'une clause des statuts).

d'acomptes sur le dividende probable de l'année *(Abschlagsdividende)*. Il faut que le résultat définitif de l'exercice annuel soit connu pour que des dividendes puissent être versés. Par contre, il peut parfaitement être convenu que les dividendes ne dépasseront pas un taux déterminé. Si la loi prohibe le paiement d'intérêts aux actionnaires et n'accorde que des dividendes, c'est que les actionnaires ne sont pas des créanciers de la société, comme nous l'avons expliqué déjà. Voici, du reste, le texte de notre art. 630 : *Il ne peut être payé d'intérêt pour le capital-actions ; les dividendes et tantièmes ne peuvent être payés que sur le bénéfice net, établi par le bilan annuel* (al. 1) ; — si les bilans sont semestriels, comme ils peuvent l'être d'ailleurs, rien ne met obstacle à ce que des dividendes puissent être distribués semestriellement. Il n'y a évidemment pas de « bénéfice net » tant que le capital-actions n'est pas entièrement reconstitué, s'il a été diminué par des pertes ; c'est ce qu'énonçait formellement le projet de M. Fick, et l'on ne comprend pas pourquoi cette disposition a été supprimée dans les projets ultérieurs et le texte définitif. Comme l'a reconnu le Tribunal fédéral[1], les art. 630 et 656 n'autorisent la répartition d'un dividende que si le capital social versé subsiste intact, et si le bilan annuel, établi conformément à la loi, accuse un bénéfice net outre ce capital. Si le capital social a été diminué par des pertes et qu'un exercice subséquent produise un excédent de recettes, cet excédent doit servir en première ligne à la reconstitution du capital. Les créanciers d'une société anonyme ont d'ailleurs qualité pour s'opposer à une répartition de dividendes qui porterait atteinte à l'intégrité du capital social. Comme on le voit, notre autorité judiciaire supérieure supplée par une interprétation extensive de la loi à l'absence de la règle préconisée par M. Fick, et ce, à bon droit.

On entend par *tantièmes*, pour donner une fois le sens de ce mot, des parts aux bénéfices allouées aux administrateurs, contrôleurs, directeurs, en guise de traitement ou en sus de leur traitement.

839. Mais notre Code, à l'exemple d'autres législations, renferme une dérogation à la défense de payer des intérêts aux actionnaires. Le 2me alinéa de l'art. 630 porte en effet : *Toutefois des intérêts d'un taux déterminé peuvent être convenus pour le temps que réclame, d'après les statuts, la préparation de l'entreprise jusqu'au commencement de l'exploitation normale*. C'est là ce qu'on appelle les *Bauzinsen*, les « intérêts de construction ». Pour les justifier, on a prétendu que les capitalistes ne voudraient point souscrire d'actions qui les forceraient à se passer de leurs revenus pendant un temps peut-être long. Ce n'est pas une raison, car une

[1] *A. T. F.* XII, 364 ; cfr. *ibid.* XXIII, 1825 et s.

société qui se dispose à payer des intérêts de cette sorte, durant la période de préparation, élève son capital d'autant. Soit une société ayant besoin d'un capital d'un million, mais dont l'exploitation normale ne commencera qu'après deux ans. Si elle ne paie pas de *Bauzinsen*, elle pourra se constituer avec le million qui lui est nécessaire; si elle en paie, elle fixera le chiffre de son capital en l'augmentant de la valeur de ces intérêts. Supposons-les du 5 %. Au lieu d'un capital d'un million, la société devra émettre des actions pour onze cent mille francs, soit 1,000,000 + 100,000 fr., montant des *Bauzinsen* à verser et qu'il faudra bien prendre quelque part. De cette façon, le public est induit en erreur, puisqu'on lui demande le 10 % en sus de ce qui est indispensable, pour lui restituer ce 10 % en deux annuités de 5 %. On avait proposé, aux fins d'atténuer la prescription finale de l'art. 630, d'établir pour les *Bauzinsen* un intérêt maximal de 4 %. Cette proposition a été repoussée; c'est d'autant plus regrettable que la teneur du 2me al. de l'art. 630 est bien vague et que, pour obtenir de gros intérêts sur les actions pendant des années, les intéressés auront toute facilité de retarder de mauvaise foi l'époque de « l'exploitation normale » en l'ajournant, par une clause des statuts, à une date très éloignée. Si des intérêts de construction d'un taux déterminé n'ont pas été prévus par les statuts, l'assemblée générale peut-elle en accorder ou étendre le délai pour lequel ils avaient été promis à l'origine? L'assemblée générale peut certes en allouer, mais uniquement pour « le temps que réclame, *d'après les statuts*, la préparation de l'entreprise ». Si donc ce temps n'est pas fixé par les statuts, et rigoureusement fixé (par ex. jusqu'au 1er Mai 1906), il n'est pas dû de *Bauzinsen*; il n'en peut être exigé non plus pour une durée supérieure au temps de préparation indiqué dans le contrat de société [1].

La jurisprudence allemande admet d'autre part que l'actionnaire est, pendant la période de préparation, créancier de la société, que, par conséquent, cette dernière ne pourrait lui opposer une décision de ne pas payer les intérêts de construction convenus. Le Code de com. italien est, dans son art. 181, beaucoup plus sévère que notre Code fédéral : « Toutefois, dit-il, des intérêts à prélever sur le capital peuvent être expressément stipulés dans les sociétés *industrielles* pour lesquelles une période de préparation est *nécessaire*, mais non au delà de *trois ans*, ni au-dessus du 5 %. Dans ce cas, le montant des intérêts à payer doit être calculé dans les frais de premier établissement et réparti avec eux à la charge des bilans qui auront des dividendes réels ». Comme l'on s'en convaincra facilement, les *Bauzinsen* sont devenus bien moins dangereux, en droit italien. Une question encore : ces intérêts étant un remboursement

[1] *R. O. H. G.* XXII, 12 et 19 (1re pér.).

partiel du capital, la société peut-elle payer des dividendes avant que son capital soit reconstitué au moyen de bénéfices subséquents? Oui, sans doute, car ces intérêts peuvent être envisagés comme des frais de premier établissement (cfr. art. 656, chif. 1); mais il est naturel que des dividendes ne peuvent être perçus dans ce cas, que si les *Bauzinsen* n'absorbent pas les bénéfices nets (cfr. art. 630, al. 1). Ajoutons enfin, comme cela résulte au surplus de ce que nous avons dit précédemment, que l'art. 630 ne prohibe nullement les *actions privilégiées*, ou de priorité.

840. L'art. 631 prescrit en outre : *Le dividende n'est fixé qu'après déduction des prélèvements statutaires en faveur du fonds de réserve. — Si la consolidation de l'entreprise l'exige, l'assemblée générale a le droit, avant toute distribution de dividendes, de constituer des réserves, même en dehors des prélèvements prévus par les statuts.* Il résulte de cet article que la loi ne rend pas obligatoire la constitution d'un *fonds de réserve*[1]; le fonds de réserve n'en est pas moins une institution éminemment recommandable et sans laquelle une société anonyme est fatalement peu solide. L'al. 2 de notre article manque dans le Code de com. allem.; cependant un arrêt du *Reichsgericht* du 4 Mai 1881 n'en a pas moins consacré en Allemagne la règle formulée par notre Code. Mais le Code de com. allem. rev. (art. 262) ordonne expressément la constitution d'un fonds de réserve qui comprendra : 1° le 5 °/₀ au moins des bénéfices nets, jusqu'à ce que les réserves atteignent le 10 °/₀ du capital ou la fraction supérieure déterminée par les statuts; 2° les profits résultant de l'émission au-dessus du pair des actions, lors de la formation de la société ou lors d'une augmentation du capital. L'art. 182 du Code italien contient une disposition de même nature (5 °/₀ des bénéfices nets au moins, jusqu'à ce que les réserves soient du vingtième du capital social). Malheureusement, notre législateur ne s'est pas préoccupé de cet élément essentiel à la bonne marche d'une société anonyme; si les statuts ne parlent pas du fonds de réserve, tous les bénéfices peuvent être distribués aux actionnaires; et, *a fortiori*, les statuts peuvent prescrire qu'un dividende sera réparti avant tout prélèvement en faveur du fonds de réserve, sauf la disposition finale de l'art. 631, soit « si la consolidation de l'entreprise l'exige » et si l'assemblée générale décide la création d'un fonds de réserve.

841. Il nous reste à traiter la question des *dividendes fictifs*, c'est-à-dire de dividendes qui emportent une distribution, non pas des fruits du capital, mais de fractions du capital lui-même. Comme le capital social est le gage commun des créanciers de la société, les

[1] *A. T. F.* XXIII, 1825 et s.

actionnaires n'ont pas le droit de le réduire à leur profit au détriment des dits créanciers. En théorie donc, tout dividende fictif devrait être restitué par l'associé qui l'a touché. Mais il serait bien difficile, dans la pratique, d'exiger ou d'obtenir cette restitution. En effet, si les actions sont au porteur tout spécialement, il est inadmissible de rechercher l'actionnaire à raison de dividendes fictifs touchés par un cédant peut-être et dont le montant a influé sur le prix convenu pour la cession du titre. Nous n'insistons pas, mais nous voyons presque toutes les législations se placer sur le terrain de l'art. 632 de notre Code : *Dans aucun cas, les actionnaires ne sont tenus de rapporter les dividendes ou intérêts qu'ils ont reçus de* BONNE FOI, — soit dans la conviction, fondée d'ailleurs sur une erreur excusable, que ces dividendes n'étaient perçus en opposition ni avec la loi, ni avec les statuts. La répétition de dividendes fictifs touchés de *mauvaise foi* est, sauf le cas de prescription, toujours permise, et cela tant par la société que par les créanciers. En ce qui concerne la bonne foi, elle doit exister tout ensemble au moment où la décision relative au dividende est intervenue et à l'époque du paiement ; mais c'est à celui qui la conteste de prouver qu'elle n'a pas existé. Il s'est élevé, au sujet de l'art. 218[1] du C. com. allem., conforme à notre art. 632, d'assez nombreuses controverses. Ainsi, les bénéfices du précédent exercice sont absorbés par des pertes ultérieures, l'assemblée générale a-t-elle le droit de répartir des bénéfices qui se trouvent désormais annihilés par ces pertes ? Des pertes sont essuyées avant la date fixée pour le paiement des dividendes, mais après la décision de l'assemblée générale qui a ordonné la distribution de ces derniers, ces dividendes peuvent-ils être versés en ce sens que les actionnaires qui les toucheront, en connaissance de cause, seront de bonne foi ? Nous pensons que lorsque la répartition des bénéfices, en tant que bénéfices réels, doit être considérée comme virtuellement accomplie, soit en vertu des statuts, soit par une décision de l'assemblée générale, des pertes ultérieures ne peuvent compromettre le droit acquis aux actionnaires de percevoir leurs dividendes. Et, comme la Cour de cassation française l'a jugé dans l'affaire de l'*Union générale*, « la répartition des dividendes est accomplie, lorsque les bénéfices étant constatés et attribués aux actionnaires, ceux-ci ont acquis un droit privatif sur la valeur répartie. Il n'est pas nécessaire que la distribution ait eu lieu matériellement ». Un arrêt du *R. O. H. G.*, du 10 Septembre 1875, a prononcé d'autre part, « que l'actionnaire d'une société en faillite a un droit de créance contre elle pour le montant du dividende fixé avant la déclaration de faillite, mais échu seulement après celle-ci ; toutefois, si le dividende est *fictif*, l'actionnaire ne

[1] *Staub*, 485 et s. ; cfr. art. 217 C. com. allem. rev.

peut rien réclamer, parce que, en cas d'opposition des créanciers, il ne serait plus de bonne foi », — puisqu'il saurait, à l'époque du paiement, qu'il s'agit d'un bénéfice fictif. Quant aux « *intérêts* » de l'art. 631, ce sont les intérêts de construction, les *Bauzinsen* (voir n° 839).

Nous rappelons encore ici l'art. 627, al. 1.

842. 2° *Des parts de liquidation.* Comme nous l'apprendra l'art. 667, les actionnaires ne peuvent réclamer, qu'après paiement des dettes sociales, une part proportionnée au montant de leurs actions dans l'avoir de la société dissoute. C'est sous cette réserve qu'il faut entendre l'art. 629, dont les deux derniers alinéas sont ainsi conçus : *Lors de la dissolution de la société, il* (chaque actionnaire) *a droit à une part proportionnelle dans le résultat de la liquidation. — Les actionnaires n'ont pas le droit de réclamer la restitution de leurs versements, ni lors de la dissolution, ni auparavant,* — car ces versements forment le gage commun des créanciers sociaux ; ils sont entrés dans l'actif de la société et, désormais, ils n'appartiennent plus aux actionnaires qui les ont effectués. Mais ceci n'empêche pas qu'une décision de l'assemblée générale ne puisse, en application de l'art. 670, provoquer le remboursement ou la réduction du capital social.

843. II. *Du droit de vote*[1]. La qualité d'actionnaire donne le droit de voter dans l'assemblée générale. Et, en tant qu'il ne s'agit pas de droits purement individuels (comme ceux d'attaquer des décisions, des élections irrégulières ou un bilan dressé au mépris de la loi et des statuts, art. 626, 644, 646, 648, 649, 656, d'assister à l'assemblée générale, art. 639, 640, etc.), ces actionnaires ne peuvent les exercer qu'en votant dans les assemblées générales. C'est ce que nous dit l'art. 639 : *L'assemblée générale exerce, au nom de l'ensemble des actionnaires, les droits qui leur sont attribués dans les affaires sociales, notamment tout ce qui concerne la conduite de l'entreprise, la vérification du bilan, la supputation des bénéfices et les propositions relatives aux dividendes* (cfr. art. 642, chif. 2, et 644, al. 2). Ainsi les actionnaires feront valoir leurs droits dans l'assemblée générale ; mais si leurs droits individuels n'étaient pas respectés par celle-ci, ils seraient autorisés à s'adresser au juge. La question de savoir si un droit a le caractère d'un droit individuel doit être résolue par l'interprétation de la disposition légale qui se réfère à ce droit (voir p. 789 la liste

[1] *Verhandlungen des schw. Juristen-Vereins*, 1892 (travail de M. le prof. A. Schneider); *J. d. T.* XLI, 49 et s. (article où nous avons combattu le point de vue de M. Schneider); *Zeitsch. für schw. R.*, XII, n. s. 315 et s. (article de M. O. von Waldkirch).

des *droits individuels acquis* aux actionnaires); les droits individuels que la loi ne garantit ni ne protège seront toujours exercés en conformité de l'art. 639.

Règle générale, le droit de vote des actionnaires sera déterminé par les statuts. Le législateur n'en intervient pas moins dans ce domaine pour sauvegarder les droits des petits actionnaires. Cette intervention, que l'on peut critiquer au point de vue théorique, n'est pas d'une utilité pratique bien considérable. Nous allons le voir, en commentant le texte suivant de l'art. 640 : *Les actionnaires exercent leur droit de vote dans l'assemblée générale proportionnellement au nombre d'actions qu'ils possèdent. Tout actionnaire, même lorsqu'il ne possède qu'une action, a droit à une voix* (al. 1). Les statuts ne peuvent donc, fût-ce par une clause du contrat de société, priver un actionnaire, même le moins fort, de son droit de prendre part aux votations. Ceci est incontestablement une garantie, mais elle n'empêchera pas les administrateurs, s'ils veulent abuser de leur position, d'exercer sur les petits actionnaires, en général peu compétents, une influence plus irrésistible que sur les grands capitalistes qui ont l'habitude des affaires. Quoi qu'il en soit, le droit de vote est accordé à chacun. Il s'exerce *proportionnellement* au nombre d'actions (exception à l'art. 619, al. 3, et restriction à l'art. 640, al. 2), c'est-à-dire qu'en principe chaque action représente une voix ; les *actions de priorité* ne sont, sauf disposition du contraire dans les statuts, pas privilégiées à cet égard et, comme elles représentent à l'ordinaire une partie relativement faible du capital social, les droits de leurs porteurs peuvent être facilement compromis par le vote des autres actionnaires. Cependant, ceux qui sont intéressés à certaines délibérations ne peuvent y participer (art. 619, 655) et les actions rachetées par la société ne sauraient plus donner de droit de vote dans les assemblées générales (art. 628 *in fine*).

D'un autre côté, l'al. 2 de l'art. 640[1] nous enseigne que : *La société peut limiter, par les statuts, le nombre de voix du porteur de plusieurs actions. En aucun cas, un seul actionnaire ne peut réunir entre ses mains plus du cinquième des droits de vote qui se trouvent représentés dans l'assemblée générale.* Cette prescription est contraire à la nature même de la société anonyme qui,

[1] Il y a lieu de rapprocher de ce texte, notamment, l'art. 2 de la loi féd. du 28 Juin 1895 concernant *le droit de vote des actionnaires des compagnies de chemins de fer* et la participation de l'Etat à l'administration de ces dernières (ont seuls le droit de vote à l'assemblée générale les actionnaires dont les actions sont nominatives et inscrites à leur nom sur les registres des actions de la Compagnie, depuis six mois au moins ou depuis la fondation de la Compagnie ; cfr. *ibid.* art. 3, 11, 14), et la loi fédérale du 27 Mars 1896 sur la *comptabilité des chemins de fer* (art. 27), relative au privilège de la Confédération et des cantons en matière de droit de vote dans les Compagnies de chemins de fer, (exclusion en leur faveur de la limitation statuée à l'art. 640 C. O.).

simple association de capitaux, devrait attribuer le plus d'importance, non point au nombre des actionnaires, mais au chiffre des actions. Il est évident que le possesseur de 100 actions a cent fois plus d'intérêt social que le possesseur d'une action. Mais on réussit presque toujours à éluder les lois, bonnes ou mauvaises ! L'al. 2 de l'art. 640 renferme une défense illusoire, en ce que les gros actionnaires distribueront leurs actions à des hommes de paille qui voteront selon les directions reçues ; il n'est pas douteux, au reste, que ces « hommes de paille » ont le droit de voter, car ils sont des actionnaires à l'égard de la société qui n'est pas autorisée à vérifier la manière dont les détenteurs d'actions les ont acquises[1] (cfr. cependant l'art. 637, pour les actions nominatives). Ce texte n'en a pas moins son importance : d'abord, il prouve qu'une assemblée générale ne peut prendre de décisions valables si elle ne compte pas au moins cinq actionnaires présents, puisque sans cela il arriverait infailliblement qu'un des actionnaires y exercerait plus d'un cinquième des droits de vote ; ensuite que si un seul actionnaire ne peut jamais réunir entre ses mains plus du *cinquième* des droits de vote, il est loisible de restreindre encore, dans les statuts, le nombre de voix du porteur de plusieurs actions, d'admettre, par exemple, la limite d'un sixième, un huitième, un dixième, au lieu de celle de l'art. 640. Mais qu'entendre par les droits de vote « *représentés* » ? Ceux qui sont annoncés dans l'assemblée générale, ou ceux qui participent à chaque votation ? Dans la première hypothèse, un actionnaire, possesseur de 321 actions sur 400 aurait à lui seul la majorité (80 contre 79) ; dans la seconde, il ne pourrait voter que pour 80 et la majorité se calculerait sur un chiffre total de $80 + 79 = 159$, avec cette correction que les 80 voix du gros actionnaire seraient réduites à 31, soit à $^1/_5$ de 159. Quoique cette dernière solution paraisse être plus conforme que l'autre à l'intention probable du législateur, nous ne pouvons pas plus l'accepter que M. Hafner (dans un mémoire au Département fédéral de Justice et Police), car elle est contraire au texte formel de la loi : « plus du cinquième des droits de vote *représentés dans l'assemblée générale* », — et non pas dans chaque votation à intervenir. Il est vrai que, dans ces conditions, l'art. 640, alin. 2, consacre une règle assez platonique.

[1] *H. E.* X, 182. — Mais le Tribunal fédéral a décidé le *contraire*, et nous concevons qu'il l'ait fait pour des raisons d'ordre moral, sinon pour des motifs strictement juridiques ; d'après lui, la qualité d'actionnaire peut être contestée à celui qui détient le titre, comme *personne interposée* dans le sens de l'art. 16 (*A. T. F.* XXIII, 927 ; cfr. *ibid.* XXV[2], 832 et s.). Voir, en outre, ad art. 846, et *H. E.* XIII, 229. — Pour faire *annuler* la délibération à laquelle des « hommes de paille » auraient participé, il suffirait, en somme, d'après la jurisprudence ci-dessus résumée, de prouver que leur intervention *a pu* influer sur le résultat du vote.

844. A moins que les statuts ne prévoient le contraire, le droit de vote peut être transmis par des actionnaires à des *mandataires* spéciaux ; ceci ne concerne pas les actions au porteur, puisque le simple fait d'en être le porteur constitue une légitimation suffisante[1]. La loi ne nous dit pas si des mineurs ou des interdits, des *incapables*, en un mot, peuvent voter dans les assemblées générales ; en principe, non, mais cette question n'offre pas d'intérêt pratique, ou n'en offre que peu, l'intrusion d'incapables ne se produisant guère ou n'influant d'habitude en rien sur les délibérations. Les représentants légaux des incapables sont désignés en conformité du droit cantonal.

845. III. *Autres droits des actionnaires* (contrôle, etc.). L'assemblée générale doit, nous le verrons plus loin, être convoquée tous les ans pour prendre connaissance du bilan, voter sur le résultat de l'exercice et fixer le dividende. Pour que les votations à intervenir sur ces objets ne se fassent pas trop à la légère, la loi assure certains droits aux actionnaires. Ceux-ci ne peuvent sensément, car la gestion de la société risquerait d'être compromise ou rendue très pénible, consulter les livres et la correspondance, à moins d'ordre de la justice, de décision de l'assemblée générale ou de permission de l'administration. Il est interdit toutefois de leur enlever, même par les statuts, le droit de se renseigner sur la marche des affaires sociales, dans la mesure prévue en ces termes à l'art. 641 : *Huit jours au plus tard avant l'assemblée générale, le bilan* (cfr. art. 644, al. 2, et 655, al. 1) *et le compte des profits et pertes doivent être mis, avec le rapport* — écrit — *des commissaires-vérificateurs* (cfr. art. 659) *à la disposition des actionnaires. — L'avis que ces pièces sont à leur disposition doit, s'il y a des actions au porteur, être inséré dans les feuilles publiques désignées à cet effet. — Quant aux titulaires d'actions nominatives, qui sont inscrites sur le registre des actions, l'avis doit leur être donné directement contre reçu ou par lettre recommandée. — Les actionnaires ont le droit de signaler à l'attention des contrôleurs les points douteux et de demander les explications nécessaires. Ils ne peuvent être autorisés à prendre connaissance des livres et de la correspondance que par décision de l'assemblée générale ou de l'administration, ou par ordre de justice, et à condition que le secret des affaires ne soit pas compromis sans nécessité* (al. 1 à 4). Quand le secret des affaires pourra-t-il être « compromis sans nécessité » ? La formule est bien vague ; les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire de prononcer en cas de contestation, mais la publicité des débats judiciaires permettra-t-elle de garder le « se-

[1] Voir toutefois *A. T. F.* XXIII, 927, XXV², 832 et s., cités à la note précédente.

cret », lorsqu'il y aurait intérêt à ce qu'il fût gardé ? L'al. 5 de l'art. 641 contient une sanction des droits conférés ci-dessus aux actionnaires : *Ces droits des actionnaires ne peuvent être supprimés ou restreints, ni par les statuts, ni par une décision de l'assemblée générale*. Cfr. 541, alin. 2, 627, alin. 1.

SECTION DEUXIÈME

Des obligations des actionnaires.

846. I. *Responsabilité en général*. L'art. 633 n'est qu'une superfétation, au vu du principe énoncé à la fin de l'art. 612. Nous le transcrivons néanmoins, pour être complet : *Les actionnaires ne sont pas tenus de contribuer au delà du montant statutaire de leurs actions, à l'exécution des engagements de la société et à la réalisation de l'objet de l'entreprise*. Nous ne reviendrons pas sur cette matière que nous avons traitée ad art. 612.

847. II. *Versement intégral des actions*. C'est là l'obligation essentielle, et en réalité la seule, des membres d'une société anonyme. L'actionnaire doit opérer ce versement en *temps utile*. On se rappelle qu'aux termes de l'art. 618, la société ne peut se former qu'autant qu'un cinquième au moins du capital social a été versé. Mais il va de soi que l'actionnaire, soit le souscripteur, n'est point libéré par ce versement partiel ; il doit s'acquitter intégralement (cfr. art. 612, 619, al. 1, et 136, al. 2, sans parler des art. 636 et s.). La sanction de ce principe nous est fournie par l'art. 634 : *Si un actionnaire ne verse pas en temps utile* (cfr. art. 86 et s. et 117) *le montant de son action, il doit de plein droit des intérêts moratoires* (al. 1). Les versements s'opéreront, dans la règle, par fractions et à des époques ou pendant des délais fixés par les statuts ; si les statuts sont muets sur ce point, les versements seront dus dès qu'ils auront été réclamés (art. 117, al. 1). Les intérêts moratoires encourus sont fixés au taux de 5 % par l'art. 119. Les al. 2 et 3 portent en outre : *Les statuts peuvent prononcer des peines conventionnelles* (cfr. art. 179 et s.) *contre les actionnaires qui n'effectuent pas aux termes fixés* (le texte allemand parle ici, d'une manière plus générale de *verzögerte Einzahlung*, et avec raison, car des termes peuvent ne pas avoir été « fixés » et l'on appliquerait l'art. 117, al. 1) *le versement de tout ou partie du montant des actions qu'ils ont souscrites ; ils peuvent même déclarer que les retardataires seront déchus de leurs droits de souscripteurs*

et que les versements partiels par eux opérés seront acquis à la société. — *La société a le droit d'émettre de nouvelles actions en remplacement de celles qui ont été ainsi annulées (ausfallend,* dit plus exactement la version allemande). On comprend aisément quel intérêt il y a pour la société et pour ses créanciers à ce que le capital social soit versé intégralement ; de là, les conséquences dont la loi frappe les actionnaires qui ne s'exécutent point ou s'acquittent tardivement.

Néanmoins le législateur ne pouvait admettre que les statuts prononçassent les déchéances prévues à l'art. 634, al. 2, sans que les actionnaires fautifs eussent été mis en demeure de les éviter. *Un actionnaire,* dit l'art. 635, *ne peut être déclaré déchu de ses droits si les appels de versements n'ont été publiés au moins trois fois dans les feuilles publiques désignées à cet effet, la dernière insertion précédant de quatre semaines au moins le terme fatal fixé pour les versements* (al. 1). Ceci pour les *actions au porteur* et pour les *actions nominatives transmissibles sans inscription obligatoire* sur le registre des actions (cfr. art. 637, al. 2 à 6, et spécialement l'al. 5) ; les « feuilles publiques désignées à cet effet » seront celles visées par les art. 616, chif. 11, 641, al. 2, et 665. Pour les *autres actions nominatives,* l'al. 2 de notre article adopte un mode différent d'avertissement : *Si les actions sont nominatives et ne sont transmissibles que par voie d'inscription sur le registre des actions* (ce qui sera la règle, en vertu de l'art. 637, al. 5), *l'avis de l'appel de fonds doit être donné directement et par trois fois à chaque actionnaire par communications spéciales (lettres recommandées). Dans ce cas, la publication par la voie des journaux n'est pas nécessaire.* Les lettres recommandées sont citées à titre d'exemple ; il va de soi qu'elles pourront être remplacées par toute autre communication, moyennant effectuer la preuve que les retardataires ont été prévenus trois fois, ou, tout au moins, que trois avis, sous pli chargé, leur ont été adressés. Dès que la lettre est remise à la poste, elle voyage aux risques de l'actionnaire, qui serait censé avoir été mis utilement en demeure, même si les trois avis s'étaient perdus en route ou n'étaient pas arrivés à leur adresse. Il suffit, en résumé, d'une communication *spéciale* dont l'envoi puisse être établi.

848. Nous avons à nous occuper encore de la *responsabilité des souscripteurs et de leurs cessionnaires,* toutes les fois que l'*obligation au versement intégral serait restreinte par les statuts.* Les fondateurs de sociétés anonymes ont souvent pour but de vendre avec un bénéfice les actions souscrites et de se décharger par cette aliénation de toute responsabilité personnelle. A cet effet, ils convertissent, après versement d'une somme peu importante, les titres nominatifs en titres au porteur. De cette façon, ils se mettent

complètement à couvert et réalisent des profits plus ou moins considérables. Mais il est de l'intérêt des actionnaires, qui ne recourent point à ces petites ruses, que tous les souscripteurs soient tenus de s'acquitter en plein de leurs engagements. C'est pourquoi, dans toutes les lois, nous trouvons des dispositions ayant trait à ces manœuvres dont le résultat le plus clair peut être, qu'en cas de mauvaises affaires, la société est dans l'impossibilité d'obtenir les versements dus sur les promesses au porteur qui seraient entre les mains de gens insolvables. Notre Code établit une distinction à ce sujet :

849. 1° *Actions au porteur* (cfr. n° 827). L'art. 636 renferme les prescriptions suivantes : *Les actions, promesses ou certificats provisoires au porteur ne peuvent être émis qu'autant qu'il a été versé* CINQUANTE POUR CENT *de la valeur nominale* (al. 1). D'autre part : *Jusqu'au versement intégral de cinquante pour cent de la valeur nominale, le souscripteur d'une action reste tenu d'une manière absolue, encore qu'il ait transféré ses droits à un tiers et que celui-ci ait assumé à sa place l'obligation de payer. — Même après le versement de cinquante pour cent de la valeur nominale de l'action, le souscripteur ne peut être personnellement libéré qu'autant que les statuts primitifs le permettent expressément*[1] (al. 2 et 3). Il ne faut pas confondre les promesses ou certificats provisoires, avec les récépissés délivrés en échange de la partie du montant de l'action, versée au moment de la souscription. Ce sont des titres qui peuvent être délivrés seulement après la distribution des actions, pour tenir provisoirement lieu de titres définitifs, et ils ne peuvent être émis *au porteur* qu'après versement d'un minimum de 50 °/₀. La Commission du Conseil national justifiait en ces termes l'art. 636 : « Cette obligation, qui est encore plus sévère que celle du Code allemand (cfr. toutefois l'art. 183 *a* de ce Code modifié par la loi de 1884), jointe à la disposition d'après laquelle la société par actions ne peut avoir d'existence légale qu'après le versement de 20 °/₀ du montant souscrit par chaque actionnaire (cfr. art. 618, 622, chif. 2), suffira, dans la règle, d'une part, pour empêcher des souscriptions illusoires, d'autre part pour engager le souscripteur ou le détenteur de l'action à effectuer les versements ultérieurs. Il n'y a plus à veiller qu'à ce que le public ne soit pas trompé au sujet du chiffre du capital-actions effectif. Dans ce but, la libération du souscripteur après paiement de 50 °/₀ du montant nominal de ses actions doit n'être admissible que si elle est prévue dans les statuts primitifs. En outre, nous proposons l'adoption d'un nouvel article », — (l'art. 638, que nous expli-

[1] *A. T. F.* XXI, 567.

querons ci-après). Comme on le voit, même après le versement du 50 °/₀, le souscripteur demeure tenu du paiement de la valeur nominale de l'action, encore qu'un cessionnaire ait assumé l'exécution de ses engagements, si les statuts *originaires* ne l'ont pas expressément déchargé de cette responsabilité. Sauf l'exonération prévue à l'art. 636 *in fine*, le souscripteur est obligé au solde comme débiteur principal, et non à titre purement subsidiaire. On a longtemps discuté sur la proportion du 50 °/₀ admise à l'art. 636 ; ce chiffre est celui de l'ancien Code italien, du Code hongrois, de la loi française de 1867 ; M. Munzinger avait proposé le 40, M. Fick, le 20 °/₀, le Conseil des Etats ne voulait autoriser la conversion en titres au porteur qu'après entière libération. Constatons que diverses lois, et des plus récentes, ont interdit, avec raison selon nous, l'émission de titres au porteur non libérés, ainsi le nouveau Code italien (art. 166), le Code allemand modifié (art. 207, 219), la loi belge (art. 40 et s.). Ce principe est éminemment recommandable, car il est une garantie très sérieuse de la solvabilité des sociétés anonymes, les versements ne courant le risque de ne pouvoir être recouvrés que lorsque le souscripteur et les cessionnaires inscrits seraient insolvables en même temps. Effectivement, si la société est solvable et que le montant de l'action ne soit pas payé par l'actionnaire inscrit, elle le déclarera déchu de ses droits et recourra contre ses cédants, ou, s'ils ne sont plus obligés, émettra de nouveaux titres à la place de ceux qui auront été annulés et les placera entre bonnes mains. Si la société est insolvable, l'actionnaire solvable doit absolument effectuer les versements non encore opérés. « Qui signe paie, ou doit être poursuivi », disait avec raison le rapporteur de la Commission du Conseil des Etats, auquel on répliqua qu'il « fallait se garder d'étouffer le goût des entreprises, l'esprit d'association appliqué à des œuvres d'utilité publique » ; mais les expériences que l'on a faites n'auraient pas dû, semble-t-il, conduire à encourager à l'excès ce « goût des entreprises ». Notre Code s'est rangé à une solution moyenne ; on ne pourra plus libérer les actions que l'on a souscrites en versant une somme insignifiante, puis provoquer un mouvement de hausse et s'en défaire avec bénéfice ; mais on le pourra si le versement opéré est de 50 °/₀, puisque, dès lors, les actions sont propres à entrer dans le commerce. Quant au *cessionnaire* d'une action au porteur libérée du 50 °/₀, il ne peut, à moins qu'il ne se soit engagé personnellement dans le sens de l'art. 636, al. 2 *in fine*, être astreint au paiement du solde, pour l'excellent motif qu'on ne le connaît pas ; cependant, il s'expose aux peines civiles dont parle l'art. 634.

850. 2° *Actions nominatives.* Ici la responsabilité du souscripteur originaire est un peu différente. L'art. 637, al. 7, dispose : *Tant qu'une action n'est que partiellement libérée, l'actionnaire*

qui la transfère — et ne peut la transférer que suivant les termes des al. 2 et s., tandis que les actions au porteur peuvent être cédées librement; cfr. art. 636 — *demeure obligé au paiement du solde, à moins que la société n'accepte en son lieu et place le cessionnaire et ne relève le cédant de ses engagements. Mais, même dans ce dernier cas, le souscripteur originaire reste* SUBSIDIAIREMENT *tenu des versements non effectués jusqu'à concurrence de la valeur nominale de l'action, si la société tombe en faillite dans l'année qui suit la libération par lui obtenue.* Ainsi le souscripteur d'une action nominative reste toujours tenu du paiement du solde, et ce, directement, à moins que la société n'accepte son cessionnaire comme débiteur, et subsidiairement, comme une caution simple, dans cette dernière hypothèse, si la société tombe en faillite pendant l'*année* qui suit l'acceptation du cessionnaire comme débiteur. Cette responsabilité subsidiaire n'est imposée qu'envers les tiers, non envers la société.

851. Les Chambres adoptèrent, afin de prévenir les fraudes ou les surprises, un nouvel article, qui renferme des prescriptions communes aux deux articles précédents; il est conçu ainsi : *Tant que des actions au porteur ou nominatives ne sont pas entièrement libérées, on doit indiquer clairement, sur chaque titre* (cfr. toutefois art. 636, al. 1), *le montant effectivement versé. On devra de même, dans toutes les publications officielles de la société (annonces, circulaires, rapports, etc.), dans lesquelles il est fait mention du capital-actions, mettre clairement en évidence quelle proportion de ce capital a été effectivement versée* (art. 638). L'indication du montant effectivement versé, sur les titres mêmes, ne paraît pas une mesure de grande utilité; par contre, le défaut de mention, dans les publications officielles de la société, que le capital social n'est versé qu'en partie autoriserait les tiers à admettre que toutes les actions sont intégralement libérées (cfr. art. 671 et s.).

CHAPITRE III

Des organes et pouvoirs de la société anonyme.

852. M. Jacottet fait remarquer, non sans à-propos, que l'organisation de la société anonyme ressemble beaucoup à celle de nos petites démocraties. *Toute société anonyme*, dit l'art. 642, *a nécessairement les organes suivants :*

1° *l'assemblée générale des actionnaires*, qui, si nous poursuivions notre comparaison, figurerait le peuple ;

2° *une administration*, qui serait l'équivalent du gouvernement, du pouvoir exécutif ;

3° *des contrôleurs*, qui représenteraient le Grand conseil, en tant qu'autorité de surveillance.

Nous nous occuperons de ces divers organes dans trois sections embrassant les art. 643 à 648, 649 à 658 et 659 à 663.

SECTION PREMIÈRE

De l'assemblée générale.

853. *Attributions.* Nous avons parlé déjà d'une assemblée générale en commentant les art. 618 à 620 ; il s'agissait alors, non point de l'assemblée des actionnaires, mais de celle des souscripteurs, avant la constitution de la société. Nous supposons désormais la société légalement formée et nous disons, avec l'art. 643 : *L'assemblée générale des actionnaires constitue le pouvoir suprême de la société anonyme* (cfr. art. 639). C'est par elle que se manifeste la volonté de la société. Les statuts et la loi déterminent les attributions de l'assemblée générale ; notre Code renferme à cet égard un certain nombre de dispositions.

854. L'art. 644 est de la teneur suivante : *L'assemblée générale est convoquée par l'administration, et, au besoin, par les con-*

trôleurs. — Les actionnaires se réunissent UNE FOIS PAR AN, *en assemblée générale* ORDINAIRE, *dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice, pour prendre connaissance du bilan, voter sur le résultat de l'exercice et fixer le dividende. Les décisions que l'assemblée prend à cet égard sont nulles si elle n'a pas été nantie préalablement* (cfr. art. 641) *du rapport des contrôleurs* (al. 1 et 2). Le 4me et dernier alinéa de notre article ajoute : *Les assemblées générales* EXTRAORDINAIRES *sont convoquées aussi souvent qu'il en est besoin* (cfr. art. 616, chif. 8, 646, al. 2 *in fine*, 645 et 657). Il découle du texte de l'art. 644, al. 2, que l'assemblée générale ordinaire a les pouvoirs suivants :

1° *Elle prend connaissance du bilan* (cfr. art. 641, al. 1, et 655, al. 1) ; le bilan lui-même doit être dressé en conformité de l'art. 656.

2° *Elle vote sur le résultat de l'exercice annuel*, en approuvant ou rejetant les comptes qui lui sont présentés. Si les comptes ne sont pas adoptés, ils devront lui être soumis à nouveau sous réserve de l'application éventuelle des art. 673 et 674.

3° *Elle fixe le dividende*, s'il y a lieu d'en distribuer un (cfr. art. 629 et s. et 639).

Le 3me al. de l'art. 644 énumère d'autres compétences de l'assemblée générale, en disposant : *D'autre part, l'assemblée générale possède seule les attributions suivantes :*

4° (chif. 1 du texte) *le droit de nommer l'administration et le contrôle* (cfr. art. 649, al. 1, 2 et 3, sauf l'exception prévue au dernier alinéa de cet article, et 659) ;

5° (2) *le droit de voter les statuts* (cfr. art. 615 et s.) *et les modifications qu'ils comportent* (cfr. art. 626 et 627) ;

6° (3) *le droit de statuer sur toutes les questions qui lui sont réservées par la loi* (cfr. art. 618, 619, 626, 627, 631, al. 2, 647, 661, 664, chif. 2, 666, al. 1, et 670, al. 1) *ou par les statuts* (cfr. art. 615 et 616). Il convient de transcrire ici le texte de l'art. 647, qui règle tout spécialement une attribution importante « réservée par la loi » dans le sens de l'art. 644, al. 3, chif. 3 : *L'assemblée générale a toujours le droit de révoquer les membres de l'administration et les contrôleurs mentionnés à l'article 644, 1°, ainsi que tous les autres mandataires et fondés de pouvoirs qu'elle aurait institués (gewählt*, dit le texte allemand), *à charge par elle de se conformer aux prescriptions de l'article 646, et sous réserve des indemnités qui peuvent être dues aux personnes révoquées.* La révocation se fera sur simple décision de l'assemblée générale prise à la majorité des voix ; mais l'assemblée générale n'est pas compétente pour révoquer les pouvoirs de mandataires choisis directement par l'administration (cfr. art. 650, al. 2). Il est évident, par contre, que si l'administration ou celui des membres de l'administration qui a choisi ces mandataires était révoqué, il est évident,

disons-nous, que l'assemblée générale pourrait les renvoyer aussi, car qui peut le plus peut le moins. Le droit de révoquer de l'art. 647 s'étend aux administrateurs visés par l'art. 649, al. 4 ; ce droit ne peut être restreint valablement par les statuts. Mais toutes les décisions emportant révocation ne peuvent être prises que si elles ont figuré à l'ordre du jour de l'assemblée générale.

7° Parmi les attributions que les statuts confèrent d'habitude à l'assemblée générale, nous citons, à titre d'exemples, les *emprunts* dépassant la compétence de l'administration (entre autres les émissions d'obligations), les *constitutions d'hypothèques* sur des immeubles de la société, etc.

855. *Convocation.* L'art. 644 nous apprend que, dans la règle, l'assemblée générale est convoquée par l'*administration* et, au besoin, par les *contrôleurs*. L'art. 645 ajoute : *L'assemblée générale doit, en outre, être convoquée sur la demande d'un ou de plusieurs actionnaires, à condition que leurs actions représentent ensemble au moins le dixième du capital social. Cette demande doit être signée par eux et indiquer le but de la convocation.* Mais il n'est pas permis à l'administration d'opposer à ces actionnaires un refus de convoquer, parce que le tractandum ou les tractanda spécifiés par eux ne lui paraîtraient pas sérieux ou même ne rentreraient pas dans les attributions de l'assemblée générale.

856. D'autre part, l'art. 646 porte que : *L'assemblée générale est convoquée suivant le mode tracé par les statuts* (cfr. art. 616, chif. 8 et 11). — *L'ordre du jour de la réunion doit toujours être indiqué dans la convocation. Il ne peut être pris aucune décision sur des objets ne figurant pas à l'ordre du jour, si ce n'est sur la proposition faite en séance de convoquer une assemblée générale extraordinaire* (cfr. art. 644 *in fine*). — *Il n'est pas nécessaire qu'on ait annoncé à l'avance les propositions et les délibérations qui ne doivent pas être suivies d'un vote.* Cette disposition s'applique aux assemblées extraordinaires comme aux assemblées ordinaires.

857. *Constitution.* Nous avons plus ou moins anticipé sur cette matière en expliquant l'art. 640. Il serait important, semble-t-il, de connaître la fraction du capital qui doit être représentée dans les assemblées générales pour que celles-ci puissent prendre des décisions valables. On n'ignore point que les actionnaires sont assez indifférents, que la fréquentation des assemblées est fort mauvaise la plupart du temps et que les majorités qui s'y forment ne sont très souvent que de très faibles minorités. Notre loi ne dit rien du nombre d'actionnaires nécessaire à la constitution d'une assemblée générale (sauf les cas de l'art. 627). Les statuts fixeront d'habitude

le minimum du capital représenté et des actionnaires présents, pour qu'une assemblée puisse utilement délibérer. Ainsi, les statuts de la Compagnie du Gothard prévoient qu'une assemblée ne pourra se constituer si elle ne compte cinquante ayants droit de voter, représentant au moins un cinquième du capital social. La seule prescription que renferme notre Code est celle de l'art. 648 : *Sauf disposition contraire de la loi ou des statuts* (cfr. art. 619, al. 3 et 4, 627, 666, al. 3), *l'assemblée générale prend ses décisions et fait ses nominations à la majorité* ABSOLUE *des voix des actions représentées* (cfr. art. 655, al. 2 et 3). N'oublions pas que l'art. 640 restreint, dans une certaine mesure, les droits de vote des gros actionnaires. Notons, d'autre part, qu'une assemblée ne peut délibérer si elle n'a désigné, au préalable, son président et son secrétaire (cfr. art. 626) ; on sait que la présence de cinq actionnaires au moins est indispensable, à savoir les deux membres du bureau, plus trois actionnaires, de manière qu'une majorité puisse s'établir (cfr. art. 640).

858. Les décisions prises par l'assemblée générale, dans les limites de ses droits et sous les conditions posées par la loi ou les statuts, sont obligatoires pour tous les associés, même pour les absents et pour la minorité (cfr. toutefois art. 675). Si elles sont contraires à la loi ou aux statuts, chaque actionnaire est autorisé à en demander la nullité en justice. Dans quel délai ? La loi est muette sur ce point. Il semble absurde d'admettre le délai de dix années de l'art. 146, car les sociétés anonymes ne seraient jamais sûres du lendemain. Il paraît rationnel de considérer que si les décisions d'une assemblée générale ne sont pas attaquées jusqu'après la réunion de la suivante, les délibérations de celle-ci ont couvert les décisions illégales ou inconstitutionnelles de celle-là.

SECTION DEUXIÈME

De l'administration.

859. *Composition*. L'assemblée générale est un corps trop nombreux, trop hétérogène, trop peu intéressé même, pour qu'il lui soit possible d'administrer la société avec succès et de surveiller la gestion. Il faut recourir dès lors à d'autres organes : administration et contrôle. Les pouvoirs des administrateurs sont si étendus, leur influence sur la marche de la société est si prépondérante, qu'il convient de les choisir avec le plus grand soin. En somme, tout dé-

pend d'eux. Lorsque l'administration se compose d'un certain nombre de personnes, qui ne peuvent toutes se consacrer aux affaires de la société, elle désigne des délégués choisis librement et qui, se vouant exclusivement à la gestion de la société, reçoivent de ce chef une rémunération. Cette délégation, appelée d'ordinaire la direction, ne doit pas être confondue avec l'administration elle-même nommée par l'assemblée générale ; elle ne peut du reste fonctionner que si les statuts permettent d'en établir une, ce qui a lieu dans toutes les grandes sociétés anonymes. Dans une pareille éventualité, l'administration est plutôt un organe de préconsultation et de surveillance, la direction étant le pouvoir exécutif (cfr. art. 650).

860. Nous examinerons d'abord les termes de l'art. 649, ainsi conçu : *L'administration de la société ne peut être confiée qu'à des actionnaires*[1]. *Si l'on y appelle des personnes qui ne sont point actionnaires, elles ne peuvent entrer en fonctions qu'après avoir acquis cette qualité en se procurant des* (tout au moins : une) *actions* (al. 1). Il y a une utilité évidente pour la société à ce que les intérêts de la société se confondent autant que possible avec ceux de l'administration. De là, l'obligation imposée aux administrateurs d'être ou de devenir actionnaires ; voir solution contraire, pour les associations, à l'art. 695, alin. 2. Lorsque les actionnaires sont des corporations ou des sociétés ayant la personnalité civile, leurs représentants (un membre du Conseil d'Etat, par exemple, le maire d'une commune, le président du Conseil d'administration d'une autre société anonyme, etc.) ne peuvent sans doute, en cette qualité, être désignés comme administrateurs puisqu'ils n'ont pas la propriété des actions qu'ils peuvent détenir. Si les actions étaient au porteur, et si les dits représentants se déclaraient personnellement actionnaires, la preuve de leur inéligibilité pourrait être faite contre eux. *L'administration peut se composer d'un ou de plusieurs membres* (al. 2). Le législateur fédéral a renoncé à exiger que le conseil d'administration se composât de plus d'un membre et en cela il a suivi la plupart des lois modernes (C. com. al., art. 227, lois franç. de 1863 (art. 1) et 1867 (art. 22), C. com. italien, art. 121, etc.). Il y aurait, en effet, un inconvénient à prescrire que l'administration comptera trois membres au moins, comme l'art. 45 de la loi belge, pour les plus petites sociétés anonymes ; ce serait leur faire des conditions trop onéreuses, augmenter sans profit leurs frais généraux. De plus, on sait que le rôle des conseils d'administration à plusieurs têtes est souvent joué en réalité par un seul administrateur, plus capable ou plus habile que ses collègues ; et puis, comme on l'a justement fait observer lors de la rédaction du Code italien, « la répartition de la responsabilité ma-

[1] *H. E.* XIII, 237.

térielle sur un grand nombre de personnes diminue leur responsabilité morale ». *Les membres de l'administration sont élus pour six ans au plus ; sauf disposition contraire des statuts, ils sont rééligibles. — Pour la première période triennale, ils peuvent* (en dérogation au principe général de l'art. 644, chif. 1) *être désignés par les statuts sans avoir besoin de la confirmation de l'assemblée générale* (al. 3 et 4). Il n'est pas indifférent de restreindre, comme le fait l'art. 649 *in fine*, la durée des fonctions des administrateurs désignés par les statuts, car les fondateurs pourraient imposer à la société, pour une longue suite d'années, des administrateurs peu qualifiés ou d'une intégrité douteuse. Aussi n'est-ce que pendant la première période *triennale* que les statuts peuvent désigner l'administration ; après trois ans, l'assemblée générale recouvre ses droits à cet égard et peut remédier aux pratiques fâcheuses qui se seraient introduites dans la gestion, en renvoyant les administrateurs qu'elle a dû subir et qui n'ont plus sa confiance. Il n'eût pas été prudent non plus d'autoriser la nomination des administrateurs pour un temps indéfini, par l'excellente raison qu'ils eussent pu être tentés d'abuser de leurs pouvoirs. La nomination pour une période relativement courte, avec la possibilité d'une réélection, nous paraît être la solution la plus avantageuse ; et il est heureux que notre loi l'ait consacrée, plutôt que de ne pas limiter la durée des fonctions, sauf à les reconnaître révocables, à l'exemple du C. com. allemand. Ne sera-ce pas, en vérité, le meilleur moyen d'engager les administrateurs à bien gérer pour être réélus et, par conséquent, de maintenir un certain esprit de suite dans la conduite des affaires de la société ? En Suisse, les membres de l'administration ne peuvent donc être nommés que pour une période de *six ans au maximum*, mais, sauf disposition contraire des statuts, ils sont *rééligibles*. Nous savons, au demeurant, que le mandat des administrateurs est *révocable*, en vertu de l'art. 647.

Les *vacances* qui se présentent dans l'administration sont remplies selon les prescriptions spéciales des statuts, soit à la prochaine assemblée générale, soit, s'il y a urgence, dans une assemblée extraordinaire.

Voir en outre les art. 5 et 6 de la loi féd. précitée de 1895 sur le droit de vote des actionnaires, etc., en ce qui concerne la composition des conseils d'administration dans les compagnies de chemins de fer.

860 *bis*. Nous avons parlé précédemment (nº 854 *in fine*) de la *révocation* des administrateurs. Ceux-ci peuvent-ils donner leur *démission* librement ? Ils sont des représentants de la société, et comme tels, ils peuvent répudier leurs pouvoirs, sauf à se rendre passibles de dommages et intérêts si la répudiation avait lieu à contretemps (cfr. art. 402, al. 2, 647).

861. A côté de l'*administration*, notre loi permet d'établir une *direction*, composée d'administrateurs délégués ou de tiers qui surveillent de plus près la gestion ou y participent directement. Notre Code s'exprime comme suit, en son art. 650 : *Les statuts peuvent prescrire à l'administration de confier la direction des affaires sociales ou de certaines de ces affaires, soit à un ou plusieurs de ses propres membres, soit à une ou plusieurs autres personnes, même étrangères à la société*[1]. — *Les commissions, directeurs et fondés de pouvoirs désignés par l'administration, peuvent être révoqués par elle en tout temps, sauf indemnité, s'il y a lieu*[2]; cfr. art. 7, 9 et 10 de la loi féd. sur le droit de vote des actionnaires, etc. Cette révocation n'a trait qu'aux fonctions conférées en vertu de l'art. 650 ; il est évident, par exemple, qu'un administrateur désigné comme directeur ne pourra être révoqué d'après cet article que comme directeur et non comme membre de l'administration ; pour sa révocation en cette dernière qualité, voir l'art. 647.

L'art. 650 a été introduit dans le texte du Code sur la proposition de la Commission du Conseil des Etats. MM. Schneider et Fick ont exposé qu'il était en contradiction avec l'art. 654 et ils ont imaginé diverses solutions pour expliquer cette contradiction tout au moins apparente. Selon nous, le conflit qui semble exister entre ces deux dispositions légales n'est pas aussi réel qu'on l'a prétendu. Il suffit de donner au premier alinéa de l'art. 654 la signification que le législateur a certainement voulu lui attribuer, à savoir que « la société est tenue des actes accomplis dans les limites de leur mandat par ceux qui la représentent », mais qu'elle n'est engagée *envers les tiers* que selon les art. 651 et s. Le 1er al. de l'art. 654 ne traite que des rapports entre la société et ses représentants, non pas du droit de représentation à l'égard des tiers. En conséquence, dans les rapports entre les représentants et la société, ce seront les termes mêmes du mandat qui feront règle ; dans les rapports de la société avec les tiers, on s'en tiendra aux art. 651 et s. qui régissent expressément cette matière. La *direction*, ou les directeurs en particulier, n'obligent la société que lorsqu'ils agissent sous les conditions spécifiées aux dits articles.

862. *Attributions et représentation*. L'administration de la société anonyme gère les affaires sociales et représente la société envers les tiers. Elle possède naturellement un grand pouvoir de

[1] *A. T. F.* XIV, 694 (art. 649, 650, 674, d'après lesquels, pour faire partie de « l'administration » d'une soc. anon., il n'est pas nécessaire de faire partie du conseil d'admin.; il suffit d'être revêtu de fonctions administratives par les statuts, comme, en l'espèce, le Directeur de la Banque de Soleure); cfr. art. 673 et s.

[2] *A. T. F.*, XXV[2], 312 et s.

fait et n'est soumise qu'à un contrôle très intermittent. Ce pouvoir s'exercera par elle-même ou, comme nous l'avons vu à l'art. 650, par une direction, si les statuts le prescrivent ou le permettent. Si, contrairement aux statuts, l'administration se substituait des directeurs étrangers ou non, elle répondrait, comme s'ils étaient siens, des actes de ceux qu'elle se serait indûment substitués.

Les *attributions* de l'administration ne sont énumérées qu'en partie par notre loi ; elles comprennent notamment l'obligation de travailler à la réalisation du but social, de nommer les employés de la société, de les surveiller, de tenir une comptabilité régulière, de convoquer l'assemblée générale, de soumettre à cette dernière le bilan annuel, etc. Les négligences ou les délits qu'elle commettrait la rendront *responsable*, en application des art. 673 et s. Nous reviendrons sub nos 865 et s. sur les attributions des administrateurs spécialement déterminées par le Code fédéral (cfr. art. 655 et s.).

863. Le *droit de représentation* est soumis aux prescriptions suivantes. Le principe général est énoncé à l'art. 651 : *Sauf disposition contraire des statuts, la société n'est valablement représentée vis-à-vis des tiers* (cfr. art. 654, al. 2) *et engagée par la signature de ses administrateurs qu'autant qu'ils ont agi et signé collectivement.* En d'autres termes, pour que les administrateurs puissent, en agissant et signant séparément, obliger la société, il faut qu'ils y aient été autorisés formellement par les statuts ; l'inscription de cette circonstance est aussi de rigueur d'après l'art. 621 *in fine*, mais le défaut d'inscription ne pourrait être invoqué contre les tiers de bonne foi. A moins donc que les statuts ne le permettent — ils le permettront presque toujours, — la société n'est liée que par les engagements souscrits *collectivement* par les administrateurs. Mais les statuts peuvent conférer le droit de représenter utilement la société envers les tiers : 1° à chaque administrateur, ou à quelques-uns d'entre eux ; 2° à un ou des directeurs choisis en conformité de l'art. 650 et auxquels le droit de représenter pourra être confié séparément ou collectivement (cfr. art. 654, al. 2), si bien que l'administration proprement dite leur transfère à cet égard tout ou partie de ses pouvoirs ; 3° aux directeurs d'une succursale ayant un siège distinct, quant aux affaires de cette succursale (cfr. art. 654 *in fine*).

Ceux qui agissent pour la société, dit l'art. 652, *doivent ajouter leur signature personnelle à la raison sociale ou à la dénomination de l'administration*. Ceci n'est qu'une mesure d'ordre, de l'observation de laquelle ne dépend point la validité des engagements contractés par les représentants de la société, si, d'ailleurs, ils avaient qualité pour obliger cette dernière à l'égard des tiers (cfr. art. 651 et 654). En outre, l'art. 621 *in fine* prescrit que le mode suivant lequel l'administration signe pour la société doit être

mentionné au registre du commerce. L'art. 653 porte, au surplus, à ce sujet : *Toute personne autorisée à engager la société par sa signature est tenue de faire inscrire cette signature sur le registre du commerce, en produisant l'acte qui lui confère ce droit* (statuts, et, le cas échéant, acte de nomination). — *Les mêmes formalités doivent être observées pour tout changement qui surviendrait dans le droit de signer.* Comme l'art. 652, l'art. 653 n'a que la valeur d'une simple mesure d'ordre, dont l'inobservation n'influe en rien sur les effets du droit de signer au nom de la société.

864. *Envers la société*, les administrateurs et autres mandataires sont astreints à n'agir que dans les limites de leurs pouvoirs; s'ils outrepassaient leur mandat, ils deviendraient responsables de tout le préjudice causé de ce chef. *Envers les tiers*, l'art. 654[1] édicte ce qui suit : *La société est tenue des actes accomplis dans les limites de leur mandat par ceux qui la représentent* (al. 1). Le droit de représentation étant régi par l'art. 651, c'est à cette disposition légale qu'il faut recourir, éventuellement aux statuts, pour savoir qui a qualité d'obliger la société. Mais les représentants sont censés avoir la faculté de faire toutes les opérations compatibles avec la nature de leurs pouvoirs. La société acquiert dès lors des droits et assume des obligations en vertu de tous les actes que ces représentants ont passés expressément ou tacitement en son nom, et cela sans autres restrictions que celles formulées au 2me al. de l'art. 654. Il était nécessaire que ce principe fût proclamé pour que la sécurité des transactions ne fût pas compromise. D'un autre côté, il eût été impossible de tracer une ligne de démarcation entre les opérations rentrant dans la sphère d'activité des administrateurs et celles qui auraient pu en être exclues. Il suffit que les représentants aient qualité de signer au nom de la société pour lier cette dernière d'une façon absolue par tous les actes accomplis en son nom (obligations, aliénations à titre onéreux ou gratuit, acquisitions, etc.). Le 2me al. de l'art. 654 ajoute : *On ne peut, à l'égard des tiers de bonne[2] foi, valablement restreindre les attributions de ces représentants quant à l'étendue de certaines opérations ou quant à l'époque et au lieu où ils doivent agir.* Des restrictions peuvent, en conséquence, être apportées à l'étendue des pou-

[1] *A. T. F.*, X, 376 (le directeur d'une société anonyme agissant dans les limites de ses pouvoirs et usant de la signature sociale s'oblige non point personnellement, mais oblige la société); 575 (la société anonyme est responsable des actes accomplis par ses liquidateurs en son nom et dans les limites de leurs pouvoirs, et l'art. 62 C. O. est applicable aussi à des sociétés anonymes en liquidation).

[2] *A. T. F.* XX, 983 et s.

voirs des représentants (cfr. art. 561, 863), mais elles n'ont aucun effet à l'égard des tiers de bonne foi, c'est-à-dire des personnes qui n'en ont pas eu connaissance ; elles sont par contre opposables à ceux qui les ont connues, aux tiers de mauvaise foi, qu'elles aient, du reste, été inscrites ou non au registre du commerce. En résumé, envers les tiers de bonne foi, la capacité d'agir des administrateurs ou représentants est illimitée. *Toutefois*, dit encore l'art. 654, al. 2, en statuant deux exceptions au principe, *il est loisible de les obliger à ne signer que collectivement* (cfr. art. 651 ; ceci s'applique non aux administrateurs dont la signature collective oblige seule la société, sauf disposition contraire des statuts, mais aux directeurs et autres représentants de l'art. 650, qui ont mandat d'engager la société par leur signature individuelle envers les tiers de bonne foi, si la signature collective ne leur a pas été imposée et si cette circonstance a été inscrite au registre du commerce), *et le droit de représentation conféré aux directeurs d'une succursale ayant un siège distinct peut être limité* (cfr. art. 624 et 653) *à la gestion des affaires concernant cette succursale*. La plupart du temps, les grandes sociétés tout au moins, les compagnies de chemins de fer, par exemple, autoriseront leurs administrateurs à signer séparément ou n'exigeront que la signature collective de deux ou trois d'entre eux.

Le droit de représentation que la société anonyme pourrait attribuer à des *fondés de procuration* ou à des *mandataires commerciaux* est réglé par les art. 422 et s.

865. *Comptes et bilan*. L'art. 655[1] nous apprend que : *L'administration doit pourvoir à la tenue des livres nécessaires* (la loi ne les énumère pas, ensorte que l'on consultera à cet effet les art. 877 et s.). *Elle doit soumettre aux actionnaires, dans le délai légal* (cfr. art. 644, al. 2, 657, al. 1), *le bilan de l'exercice précédent* (al. 1). Nous rappelons qu'aux termes de l'art. 641, al. 1, le bilan et le compte des profits et pertes doivent être mis à la disposition des actionnaires huit jours au plus tard avant l'assemblée générale. Nous savons de plus que celle-ci approuve — ou rejette — le bilan qui lui est présenté ; nous ajoutons ici que le *rejet* du bilan n'affecte nullement la validité des opérations faites régulièrement avec des tiers.

866. On sera tenté de croire que la forme dans laquelle le bilan sera dressé peut être abandonnée à l'arbitraire des administrateurs. Mais on a fait l'expérience que cette liberté avait été la source de tant de bilans mensongers, que notre Code, à l'exemple du droit

[1] *A. T. F.* XII, 178, mot. 6 ; 366 (cité ad art. 630).

commercial allemand, a établi des règles sévères sur ce point. Elles sont renfermées à l'art. 656, dont voici le texte :

Le bilan doit être dressé d'une façon assez claire et facile à saisir pour que les actionnaires puissent se rendre un compte aussi exact que possible de la vraie situation de fortune de la société[1]. *Il y a lieu, notamment, d'observer les règles suivantes :*

1° *Les frais de fondation, d'organisation* (cfr. art. 619, al. 1) *et d'administration doivent être portés intégralement aux dépenses de l'année. Par exception, les frais d'organisation prévus par les statuts ou par les décisions de l'assemblée générale, soit pour l'installation primitive, soit pour une nouvelle branche d'affaires, soit enfin pour une extension des opérations* (cfr. art. 627, al. 2), *peuvent être répartis sur une période de cinq années au plus, à condition de faire figurer aux dépenses de chaque année au moins la part afférente à cet exercice.* Cette exception, qui ne s'applique d'ailleurs, ni aux frais d'administration, ni à ceux de fondation (ces derniers étant assez difficiles à séparer des frais d'organisation), correspond à un usage très généralement suivi et se concilie parfaitement avec la comptabilité la plus rigoureuse. Remarquons encore que, parmi les frais d'organisation, ceux-là seulement qui ont été « prévus » par les statuts ou des décisions de l'assemblée générale, peuvent être répartis sur une période maximale de cinq ans ;

2° *Les immeubles, bâtiments et machines doivent être évalués tout au plus au prix d'acquisition, et déduction faite de l'amortissement que comportent les circonstances ; s'ils sont assurés, on indique en outre la somme pour laquelle ils le sont*[2]. Le législateur a voulu réagir contre la tendance d'évaluer l'actif social à un chiffre trop élevé et empêcher, par conséquent, la distribution de dividendes fictifs. Il n'a, en revanche, rien prescrit en ce qui concerne l'amortissement qu'il sera bon de faire de telle façon, qu'en cas de résiliation, les biens atteignent au moins la valeur jusqu'à concurrence de laquelle on aura amorti. Quant aux frais résultant de l'extension des opérations sociales, ils peuvent être ajoutés aux frais d'installation, mais il est défendu de les majorer;

3° *Les valeurs cotées ne peuvent être évaluées au-dessus de leur cours moyen dans le mois qui précède la date du bilan.* Ceci est rationnel, le cours d'un jour pris au hasard dans l'année ne pouvant servir de base à l'évaluation, puisque le cours est sujet à mille variations dépendant parfois de circonstances accidentelles, et puisque, pour certains titres, il serait fort aisé d'influer momentanément sur les cours ;

[1] *A. T. F.* XXVII², 231 et s.
[2] *A. T. F.* XII, 178, 365.

4° *Les approvisionnements de marchandises ne peuvent être estimés au-dessus de leur prix d'achat* (augmenté, naturellement, des frais de transport et de douane) *et, si ce prix dépasse le prix courant, au-dessus de ce dernier prix.* On a critiqué les dispositions du chif. 3 et notamment celles du chif. 4 de l'art. 656, en alléguant qu'il serait préférable d'estimer toutes les parties de l'avoir social à leur valeur exacte au temps du bilan, et non au prix d'achat ou de revient, s'il est inférieur. « Ces dispositions, dit M. Bing, prises dans l'intérêt des créanciers plutôt que des associés, donnent facilement lieu à des tripotages. D'abord les administrateurs sont parfaitement libres d'évaluer les biens sociaux *au-dessous* de leur valeur, de réduire ainsi le dividende et d'influer sur le cours des actions. Sans aller aussi loin, les administrateurs ont une position privilégiée, parce qu'ils connaissent la véritable position de l'actif social, qu'ils savent, avant les associés et les tiers, quand et comment les valeurs portées au-dessous de leur cours ont été réalisées, et qu'ils peuvent, dès lors, escompter par des spéculations l'influence des réalisations sur les bénéfices de l'exercice ». Certes, il serait préférable de ne jamais porter au bilan que la valeur véritable ; mais elle est changeante, mais elle est sujette à des appréciations qui ne sont point susceptibles d'exactitude mathématique, mais il a fallu adopter certaines règles, et nous ne croyons pas qu'il soit possible d'imaginer mieux que les chif. 3 et 4 du Code fédéral. Aucune loi ne peut, du reste, empêcher la fraude d'une manière complète ; tout ce que l'on ose espérer, c'est de lui susciter des obstacles ;

5° *On doit indiquer le montant total des valeurs douteuses et des amortissements correspondants,* — ou plutôt, effectués *(vorgenommen),* comme porte le texte allemand, car le mot : « correspondant » n'a aucun sens ;

6° *Le capital social et les fonds de réserve ou de renouvellement doivent être inscrits au passif*[1] (cfr. art. 630, al. 1, et 657, al. 1), — mais on sait que notre loi ne rend pas obligatoire la formation de fonds de réserve ou de renouvellement. Le chiffre intégral du capital versé et non remboursé (cfr. art. 670) doit figurer au passif, abstraction faite des pertes éprouvées. Le montant des versements non effectués sur les actions est passé à l'avoir. Cette prescription n'a d'utilité que pour le calcul des dividendes et pour le cas prévu à l'art. 657, al. 1, car, en réalité, le capital social constitue un élément *actif* de la fortune sociale. Si les fonds de réserve et de renouvellement ont été traités selon la règle énoncée à l'art. 656, chif. 6, c'est qu'on a voulu interdire d'en tenir compte pour

[1] *A. T. F.* XII, 364, XXIII, 1825 et s.

le calcul des dividendes, en ce qu'on aurait pu les considérer comme des bénéfices nets à distribuer ;

7° *Les obligations émises par la société sont portées pour la valeur intégrale à laquelle elles doivent être remboursées. Mais on peut faire figurer à l'actif la différence entre le prix d'émission et le taux du remboursement, en la diminuant chaque année, jusqu'au jour de l'échéance, de la somme nécessaire à l'amortissement.* La disposition finale de ce chif. 7 de l'art. 656 ne vise que les obligations émises *au-dessous* de leur valeur nominale. Soit une société anonyme qui émet des obligations de 1000 fr., c'est-à-dire remboursables à ce taux, au cours de 900 fr. Elle les fera figurer au passif pour 1000 fr., mais elle pourra porter à l'actif la différence entre 1000 et 900, soit 100 fr., moyennant la réduire chaque année — d'une manière proportionnelle, si possible, bien que la loi ne parle point de proportion — jusqu'au jour de l'échéance, ensorte qu'à cette époque la différence dont il s'agit n'existe plus par suite des amortissements opérés. Effectivement, cette différence n'est, aussi longtemps qu'elle n'est pas amortie, qu'un avoir fictif, puisque la dette est non pas de 900 fr., mais de 1000 (cfr. art. 656, chif. 1 *in fine*). Il sera bon d'amortir tout d'une fois, ou, du moins, de faire des amortissements annuels assez forts pour que la différence ait disparu à l'échéance ; si cela n'était pas, les administrateurs pourraient être rendus responsables. Lorsque les obligations sont émises *au-dessus* du pair (obligations de 1000 fr. émises à 1010 fr., par exemple), il en résulte pour la société un gain à passer au compte des profits et pertes.

Le bilan accusera, dans la règle, un excédent actif ou passif ; l'excédent actif pourra donner lieu à une répartition ; l'excédent passif devra être couvert (cfr. art. 629 et s., 657).

867. Nous rappelons ici la loi fédérale précitée du 27 Mars 1896 sur la *comptabilité des compagnies de chemins de fer*, qui déroge sur certains points aux prescriptions du C. féd. des obl. et soumet, en particulier, la comptabilité de ces entreprises au contrôle du Conseil fédéral.

868. En principe, l'assemblée générale est seule autorisée à décider les mesures que rendent désirables les résultats constatés par le bilan. Il est des circonstances cependant où la situation sociale commande une initiative directe de l'administration. Voici ce que nous dit l'art. 657 : *Lorsqu'il résulte du dernier bilan que le capital social a été réduit de moitié, l'administration doit immédiatement* (c'est-à-dire aussitôt qu'elle a connaissance de ce fait et sans observer les délais des art. 641 et 644) *convoquer l'assemblée générale et lui faire connaître la situation* (al. 1). Nous avons expliqué que le capital social s'entendait du capital-actions, y compris les

versements non encore effectués, sauf le 50 % dont les souscripteurs d'actions au porteur ne sont plus tenus en vertu de l'art. 636 *in fine*. Au lieu de la proportion de *moitié* adoptée par notre loi, d'autres législations ont admis le tiers (Code italien, art. 146), les trois quarts (loi franç. de 1867); la loi allemande (art. 240) renferme une disposition analogue à celle de notre art. 657, al. 1. L'assemblée générale saisie de cette situation aura essentiellement à discuter la question de savoir s'il n'y a pas lieu de déclarer la dissolution de la société (cfr. art. 664, chif. 2); si elle ne se résout point à prendre ce parti, elle restreindra sans doute le cercle de ses affaires, ou contractera un emprunt, ou tentera une nouvelle émission d'actions. Mais, *dès que l'actif ne couvre plus les dettes de la société, l'administration est tenue d'en donner avis au juge compétent, à l'effet de faire déclarer la faillite de la société* (al. 2), — qui entraîne de plein droit sa dissolution (cfr. art. 664, chif. 3, C. O. et art. 192 L. P.). Cette obligation imposée aux administrateurs est sanctionnée par les art. 673 et 674 et, le cas échéant, par les règles du droit pénal des cantons en matière de banqueroute simple ou frauduleuse. Au demeurant, si même le juge ne déclarait pas immédiatement l'ouverture de la faillite, la société n'en perd pas moins le droit de disposer de son avoir et l'administration de celui-ci passe soit au juge, soit aux personnes qu'il en charge. Et l'on sait que, dans le cas de dissolution par l'assemblée générale comme dans celui de la faillite, la société subsiste pour les besoins de sa liquidation jusqu'à l'achèvement de celle-ci[1]. Comme une déclaration de faillite trop brusque pourrait avoir des conséquences désastreuses, l'art. 657, al. 3[2], porte en outre : *Sur la demande des créanciers ou d'un curateur nommé pour pourvoir aux intérêts communs de certaines classes de créanciers, le juge a le droit d'ajourner la déclaration de faillite et de prendre provisoirement d'autres mesures en vue de la conservation de l'actif*. Tous les créanciers doivent-ils être d'accord, à défaut d'un « curateur » désigné ? Non sans doute, car l'adhésion de tous serait bien difficile à obtenir à brève échéance et la loi l'eût expressément exigée. D'autre part, on se demande ce qu'il faut entendre par le « curateur » de l'art. 657 : ce sera vraisemblablement un mandataire ayant pouvoir spécial de certains intéressés, peut-être

[1] *A. T. F.* XXII, 1218 : cfr. *ibid.* XVII, 325.

[2] *R. j. f.* IV, 95 (l'art. 657 al. 3 ne prévoit que la possibilité d'une suspension *temporaire* de la déclaration de faillite : il n'autorise pas le juge à faire *définitivement* abstraction de la faillite, en cas d'insolvabilité de la société). Cfr. *A. T. F.* XXII, 1218 (aussi longtemps que société, actionnaires et créanciers sont d'accord au sujet des mesures prises par le juge dans le sens de l'art. 657 alin. 3, les personnes chargées de la liquidation ont le droit de faire valoir les créances sociales et les débiteurs paient valablement entre les mains de ces liquidateurs).

d'un seul. L'autorité judiciaire saisie appréciera s'il convient de prononcer la faillite ou de suspendre son jugement ; mais elle ne peut pas ordonner, par exemple, une liquidation extra-judiciaire, si avantageux que ce mode de procéder puisse être dans maintes circonstances. La disposition du 2me al. de l'art. 657 est de droit strict ; celle de l'alinéa suivant, qui a un caractère exceptionnel, doit aussi être interprétée restrictivement, ensorte que le juge n'a le droit que de déclarer la faillite ou de « l'ajourner ». Si tous les créanciers et tous les actionnaires consentaient à une liquidation amiable, il semblerait que la faillite dût pouvoir être évitée ; le texte formel de la loi ne nous permet pas d'arriver à ce résultat. Nous renvoyons, au surplus, à l'arrêt cité en note et nous ajoutons que l'art. 240 du C. com. all. n'autorise pas même l'ajournement de la faillite sur la demande des créanciers, ou du moins n'en parle pas (cfr. art. 159 et s. et 192 L. P.).

868 *bis*. La société anonyme peut-elle demander le bénéfice du *concordat*, aux termes de l'art. 293 L. P. ? L'affirmative a été contestée pour le motif que la société anonyme insolvable avait, de par l'art. 657 C. O., perdu la personnalité civile et qu'elle se trouvait dans la même situation qu'une succession répudiée. En tout cas, cette proposition est trop absolue, car l'art. 657 précité vise uniquement l'espèce d'une société dont le bilan accuse un excédent passif, et les art. 293 et suiv. L. P. paraissent bien avoir modifié l'art. 657, alin. 2, C. O., en accordant aux sociétés par actions comme aux autres le bénéfice du concordat, moyennant que la demande soit formée par l'organe social compétent[1]. Pour les *compagnies de chemins de fer* (cfr. art. 30 L. P. et loi féd. du 24 Juin 1874), nous admettrions la même solution ; la loi de poursuite ne leur est inapplicable qu'en ce qui concerne leur « liquidation forcée », et, tant qu'elles ne seraient pas en état de liquidation forcée, elles pourraient invoquer, comme tout débiteur, les art. 293 et s. L. P.[2]

869. *Dispositions spéciales*. L'art. 655, al. 2 et 3, nous dit : *Ceux qui, à un titre quelconque, prennent part à la gestion* (administrateurs, directeurs de l'art. 650, mais non de simples employés) *n'ont pas voix délibérative lorsqu'il s'agit de donner décharge à l'administration pour la gestion et la reddition des comptes. — Cette règle ne s'applique pas aux personnes qui se bornent à surveiller la gestion*, — soit aux contrôleurs.

[1] *Archiv für Schuldbetreibung*, I, 48, V, 96 ; *Brüstlein et Rambert*, ad art. 293 ; *Reichel*, 433, note 12 ; *J. d. T.* XLIV, 68.

[2] *J. d. T.* XLIV, 68 et s. (où nous avons étudié plus longuement cette question) ; cfr. *Archiv*, II, 126 et s., et, pour la solution contraire, *Brüstlein et Rambert*, 505 et s.

870. Enfin l'art. 658 nous apprend que : *Pendant toute la durée de leurs fonctions, les membres de l'administration sont tenus de déposer*[1] *le nombre d'actions de la société fixé par les statuts.* Les administrateurs doivent bien être actionnaires (cfr. art. 649, al. 1) ; on pourrait se demander toutefois si, en l'absence d'une clause des statuts, ils pourraient être astreints à déposer des actions. L'art. 658 ne nous permettrait pas de répondre avec une complète certitude ; mais nous avons l'art. 616, chif. 7, qui énonce parmi les objets à déterminer obligatoirement par les statuts : « le nombre des actions que les membres de l'administration sont tenus de déposer ». Si *des* (donc au moins deux, semble-t-il) actions doivent être déposées, il n'est pas nécessaire que, comme en droit français, elles soient nominatives, inaliénables, et frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité. Elles peuvent parfaitement être au porteur ; quant au lieu où le dépôt doit en être opéré, notre Code est muet : règle générale, ce sera dans la caisse sociale, mais les statuts peuvent en disposer autrement. Notre loi n'a pas proclamé non plus le principe suivant de la loi française de 1867 : « Ces actions sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs ». Dès lors, en Suisse, les actions déposées ne répondent pas solidairement, si l'on peut dire ainsi, des actes de l'administration ; elles ne constituent qu'une garantie fort illusoire, car la société n'y acquiert un droit de gage qu'au moyen de mesures d'exécution, — au moyen d'une saisie. Aussi longtemps qu'elles n'ont pas été mises sous main de justice à la requête de la société, elles demeurent le gage commun des créanciers de chaque administrateur. Bien plus, le dépôt de l'art. 658 ne peut être exigé qu'aussi longtemps que les membres de l'administration sont en charge ; ayant résigné leurs fonctions ou en ayant été dépossédés, ils sont en droit de réclamer la restitution de leur dépôt pour autant qu'il ne sera point frappé d'un gage judiciaire par suite de saisie. En somme, l'art. 658 du C. féd. des obl. n'a pas grande signification, et l'on doit regretter que la responsabilité des administrateurs ne soit pas consacrée plus efficacement. D'autres législations sont bien plus complètes et bien plus sévères. Nous avons parlé de la loi française de 1867. La loi belge de 1873 détermine que « chaque administrateur doit affecter par *privilège*, un certain nombre d'actions à la garantie de sa gestion » ; nous ne mentionnons pas d'autres sûretés

[1] *A. T. F.* XXIV², 358 et s. (ce dépôt n'a pas pour but de constituer une garantie au profit de la société pour les indemnités dues en vertu des art. 673 et s., mais la société pourrait, par exemple, prétendre un droit de rétention pour des avances faites à son directeur). — La solution serait différente, sous le régime de l'art. 676, chif. 4, ainsi que cela découle de la comparaison des textes et de leur historique.

qu'exige la même loi. Le Code italien ordonne que chaque administrateur fournisse pour sa gestion « un cautionnement se montant à la cinquantième partie du capital social », avec cette réserve qu'il est loisible aux statuts de prescrire que le cautionnement n'excédera pas 50,000 lires. Ajoutons que l'obligation prévue par l'art. 658 pourrait être imposée aux *directeurs* par une clause des statuts.

Si notre loi laisse à désirer, les statuts pourront y remédier en réclamant des garanties plus sérieuses, outre celles de l'art. 658, — à propos duquel nous rappelons encore l'art. 613. Les sociétés anonymes prévues par ce dernier texte sont libres d'organiser comme elles le jugent utile la responsabilité de leurs administrateurs.

871. Sur la question de la *responsabilité*, voir art. 671 et s.

SECTION TROISIÈME

Du contrôle.[1]

872. On ne peut guère imaginer de contrôle individuel dans les sociétés de capitaux. En effet, il est matériellement impossible à un actionnaire, à un groupe d'actionnaires, ou même et surtout à la collectivité, d'exercer une surveillance active, minutieuse et constante sur l'administration. Et puis, cette surveillance attribuée d'une manière absolue à chaque associé serait dangereuse : des indiscrétions se commettraient, des conflits surgiraient. L'art. 641, en son 4me al., soustrait, dans la règle, les livres et la correspondance à l'examen des actionnaires. Mais pour ne pas laisser à l'administration toute latitude de gérer à son gré, même contre les intérêts les plus évidents de la société, la loi a institué un organe spécial : le *contrôle*, qui est investi de pouvoirs suffisants pour être à même de surveiller exactement la gestion et qui est composé d'un nombre assez restreint de personnes de confiance pour que les indiscrétions ne soient pas à redouter. Au reste, les devoirs incombant aux contrôleurs *ne déchargent pas l'administration* de la surveillance générale que doit exercer cette dernière sur le personnel et sur le fonctionnement même de la société ; les contrôleurs, en effet, ne sont pas investis d'un mandat permanent, et ils ne sont,

[1] *H. Eisenhut:* Die Kontrollorgane nach deutsch. u. schw. Aktienrecht, etc., in-8°, Hérisau, 1902 ; *J. d. T.* XLIV, 769 et s. (un article où nous avons étudié l'organisation du contrôle dans les soc. anon.).

en somme, qu'un organe chargé de surveilller la gestion pour le compte de l'assemblée des actionnaires, tant et si bien que l'obligation de surveillance de l'administration elle-même demeure intacte. On peut ajouter que l'institution, par exemple, d'un organe complémentaire de contrôle, par les statuts (censeurs, etc.), ne diminue pas non plus, à cet égard, le rôle ni les responsabilités du pouvoir exécutif dans les sociétés anonymes.

873. *L'assemblée générale*, dit l'art. 659, *désigne un ou plusieurs commissaires-vérificateurs, pris dans la société ou en dehors et chargés de lui soumettre un rapport sur le bilan et sur les comptes présentés par l'administration*. On sait, qu'en vertu de l'art. 641, ce document doit être déposé huit jours au plus tard avant l'assemblée générale. Ce document signalera les erreurs et les irrégularités commises dans le bilan et les comptes ; il donnera l'avis des contrôleurs sur les propositions faites en vue de la répartition de dividendes, etc. Les contrôleurs ont, en outre, le droit de convoquer « au besoin » l'assemblée générale (art. 644, al. 1).

Dans le but de leur faciliter la tâche, l'art. 660 prescrit ceci : *Les commissaires-vérificateurs* (ou contrôleurs, peu importe le nom) *ont le droit d'exiger la production des livres, avec les pièces à l'appui, et de vérifier l'état de la caisse*. Ils ont ce droit en tout temps ; s'il leur était refusé, ils pourraient se pourvoir devant l'assemblée générale, ou, sans doute aussi, le faire valoir en justice. Afin de ne pas imposer aux contrôleurs des fonctions qui seraient peut-être au-dessus de leurs forces, ou de leurs moyens, l'art. 661 détermine au surplus : *L'assemblée générale a, en tout temps, le droit de nommer des commissaires spéciaux ou des experts pour examiner tout ou partie de la gestion*. Ces commissaires spéciaux ou experts sont des aides donnés aux contrôleurs, mais ils ne constituent pas des organes de la société. L'assemblée générale n'en peut pas moins leur demander des rapports et en prendre connaissance. Et il va de soi qu'ils sont autorisés à consulter les livres et pièces nécessaires en conformité de l'art. 660.

Au surplus, nous dit l'art. 662, *les statuts peuvent contenir d'autres dispositions* (plus complètes, mais non contraires) *sur l'organisation du contrôle et étendre les attributions et les devoirs des contrôleurs*. On pourra, par exemple, leur accorder un droit de préconsultation dans les affaires importantes de la société ; mais il est prudent de ne pas leur attribuer une part active dans la gestion, parce qu'alors ils perdraient leur caractère d'organe de surveillance.

874. Enfin l'art. 663 prescrit : *La première élection des contrôleurs, quels qu'ils soient* (ces derniers mots, peu intelligibles, manquent dans le texte allemand), *ne peut se faire pour plus d'un*

an, les élections ultérieures pour plus de cinq ans. Ils sont rééligibles, pensons-nous, sauf clause contraire des statuts.

Relativement à leur *révocation* (art. 647) et à leur *responsabilité* (art. 673 et s.), nous renvoyons aux dispositions spéciales sur la matière.

CHAPITRE IV

De la dissolution et de la liquidation de la société.

SECTION PREMIÈRE

Dissolution.

875. Le législateur a nécessairement dû faire abstraction ici de certaines causes de dissolution, qui sont particulières aux sociétés en nom collectif ou en commandite, constituées *intuitu personae* (faillite, incapacité, retraite d'un associé). Dans la société anonyme, où la personnalité des associés n'a aucune importance, ces causes ne pouvaient entrer en ligne de compte.

876. Si nous consultons l'art. 664, nous voyons que :

La société est dissoute :

1° *par l'expiration du terme fixé dans les statuts.* Cette cause de dissolution produit ses effets de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une décision formelle de l'assemblée générale. Une décision de celle-ci peut cependant proroger la société au delà du terme statutaire (cfr. art. 664, chif. 2) ; voir en outre l'art. 665 ;

2° *par une décision de l'assemblée générale, constatée par un acte authentique ou signée de tous les actionnaires qui y ont adhéré* (cfr. art. 615, 619, al. 5). La loi prévoit, dans ce cas, une dissolution anticipée, puisque, du chif. 1 de l'art. 664, il résulte que la société est dissoute *ipso jure* par l'expiration du temps fixé pour sa durée. Notre Code n'exige pas de majorité spéciale pour prononcer la dissolution anticipée de la société, ensorte qu'elle peut être décrétée à la simple majorité des actionnaires présents. Il semble que le défaut de prescriptions légales en une matière aussi importante ne soit explicable que par un oubli du législateur. Puisque l'on proclamait la nécessité d'une majorité spéciale dans les diver-

ses hypothèses de l'art. 627, pourquoi n'en pas disposer de même dans l'éventualité de l'art. 664, chif. 2? Des intérêts très considérables sont en jeu cependant. Les statuts devront combler cette lacune de la loi. Il n'est pas admissible chez nous que, comme d'après l'art. 158 du Code italien, le juge prononce la dissolution pour de justes motifs (sauf l'art. 664, chif. 3);

3° *par la faillite de la société* (cfr. art. 657, al. 2 et 3). Une fois la faillite déclarée, la liquidation se fera suivant les principes posés aux art. 30, 39 § 7, et 192 L. P. Il y a lieu de consulter en outre la loi du 24 Juin 1874 *sur la liquidation forcée des entreprises de chemins de fer* et celle du 8 Mars 1881 *sur l'émission et le remboursement des billets de banque* (art. 29 et s.).

L'art. 664, al. 2, ajoute : *Les dispositions du présent chapitre sont aussi applicables à tout autre mode*[1] *de dissolution*. Il découle de ce texte que l'énumération de l'art. 664 n'est pas complète. En effet, nous pouvons ranger encore parmi les causes de dissolution (outre celles que les statuts pourront prévoir) :

4° dans certaines circonstances, *la fusion de la société avec une autre société anonyme* (cfr. art. 669, dont nous parlerons plus loin).

Sauf le cas de faillite, dit l'art. 665 (cfr. art. 176, 189 L. P.), *la dissolution doit être inscrite sur le registre du commerce à la diligence de l'administration. Elle doit être publiée à trois reprises dans les feuilles désignées pour les publications de la société, avec sommation aux créanciers* (cfr. art. 667) *de produire leurs créances*. La dissolution qui entraîne soit une fusion avec une autre société, soit la répartition de l'actif, ne doit pas être cachée aux créanciers qui ont un intérêt majeur à intervenir pour la sauvegarde de leurs droits. En conséquence, la loi ordonne que la dissolution soit publiée à *trois* reprises, après inscription préalable au registre du commerce et sans préjudice des dispositions de l'art. 667.

[1] Ceci est une mauvaise traduction du texte allemand, qui porte : *aus anderen Gründen* (pour d'autres motifs).

SECTION DEUXIÈME

Liquidation[1].

877. Le principal effet de la dissolution sera, semble-t-il, de détruire le caractère de personne morale de la société anonyme ; celle-ci n'existerait plus désormais qu'à titre de communauté d'intérêts entre les associés, co-propriétaires par indivis de l'actif social. Mais on a dû reconnaître que la perte de la personnalité juridique serait liée, dans la pratique, à des inconvénients tellement graves pour la société, qu'il est indispensable de la lui conserver. L'art. 111 de la loi belge dit expressément : « Les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation ». Ce principe, bien qu'il ne soit pas énoncé dans notre Code, n'en est pas moins un principe général que nous ne saurions repousser. Il se fonde d'ailleurs sur l'art. 666. Qu'arriverait-il en réalité, si, dès l'instant de sa dissolution, la société anonyme était paralysée ? Comment terminerait-on les affaires pendantes ? Qui serait obligé à raison de ces affaires que l'on ne pourrait laisser en suspens ? Le Tribunal fédéral a décidé, au surplus, que « la personnalité juridique et la fortune d'une société par actions persistent, ainsi que son for, jusqu'après le règlement de tous ses engagements, et la totalité des biens de la compagnie, en particulier du capital-actions dans son intégrité, sert de garantie à ses créanciers[2] ». Mais, si la société en liquidation conserve son assemblée générale, les fonctions des administrateurs et contrôleurs prennent fin naturellement comme telles, dès que la société est dissoute et elles ne peuvent plus s'exercer que dans les limites de l'art. 666.

878. La liquidation amiable n'a évidemment pas les effets d'une déclaration de faillite, ni au point de vue de la procédure, ni à celui du droit privé. La société n'est dessaisie ni de l'administration, ni de la propriété de ses biens. En particulier, ses obligations *ne deviennent pas exigibles*. D'un autre côté, une *succession universelle dans l'actif et le passif* d'une société par actions, telle que la permet le C. com. al., ne paraît point conciliable avec les principes de notre Code, ensorte que les créanciers sociaux ne seraient pas tenus d'accepter le successeur pour leur débiteur, — à moins, sans

[1] *E. Huber* et *P. Laband :* Zwei Gutachten, etc. (sur le rachat des chemins de fer suisses), in-4°, Berne, 1900. *Zeitsch. für schw. R.* XX, n. s. 1 et s. (article de M. le prof. Wieland sur le même sujet); *ibid.* XIX, 71 et s. (article de M. J.-J. Oberer). *A. T. F.* XVI, 373 et s. (conflit entre *lois ancienne* et *nouvelle*).
[2] *A. T. F.* XVI, 375.

doute, que ce successeur n'offrît des sûretés assez grandes ou des garanties de solvabilité assez sérieuses pour que les créanciers, qui n'ont en somme que des intérêts pécuniaires à défendre, n'en éprouvent aucun préjudice.

879. L'art. 666 nous apprend que : *La liquidation* (sauf le cas de faillite ; cfr. art. 159 et s. L. P.) *se fait par les soins de l'administration, à moins que les statuts ou une décision de l'assemblée n'aient désigné d'autres liquidateurs* (al. 1). La dissolution, à défaut de dispositions contraires des statuts ou d'ordres contraires de l'assemblée générale, laisse donc subsister tel quel l'un des organes essentiels de la société anonyme : l'administration. Il va de soi que les pouvoirs de cette dernière se sont modifiés, puisque le but social est dorénavant la liquidation. Aussi l'art. 666, al. 2, poursuit-il : *Les dispositions du titre XXIV relatives aux inscriptions et publications* (cfr. art. 580, al. 3, 653, al. 2, et 861), *ainsi qu'aux attributions des liquidateurs* (cfr. art. 582), *sont applicables aux sociétés anonymes, sous cette seule réserve que les mesures de publicité*[1] (cfr. art. 665) *doivent être prises à la requête de l'administration.* Le titre XXIV, dans ses dispositions visées par l'art. 666, al. 2, embrasse les art. 579 à 584. Spécialement, les liquidateurs ont pour mission de terminer les affaires courantes, de réaliser l'actif social, d'exécuter les engagements de la société et même d'entreprendre de nouvelles opérations en vue d'achever celles qui seraient en cours. Ainsi, la Commission de liquidation de la Compagnie du Jura-Simplon a été chargée de l'achèvement de la ligne Brigue-Iselle. Que d'ailleurs la liquidation soit confiée aux ex-administrateurs ou à des mandataires spéciaux, les attributions sont les mêmes, — les liquidateurs étant, bien entendu, les mandataires, non des créanciers sociaux, mais de la société en liquidation[2]. L'art. 666, al. 3, porte enfin : *Les pouvoirs des liquidateurs* (de l'une et de l'autre catégorie) *peuvent toujours être révoqués par la majorité des actionnaires ou par un jugement rendu sur la demande d'un ou de plusieurs actionnaires.* La majorité se calcule, dans ce cas, sur le nombre des détenteurs d'actions, abstraction faite de leur présence à l'assemblée et de la plus ou moins grande quantité d'actions qu'ils possèdent. Mais comment

[1] *Anmeldung behufs Eintragung in das Handelsregister* — réquisition d'inscription au registre, — dit le texte allemand.

[2] *J. d. T.* XXXIX, 496 (arrêt du T. F., du 5 Juin 1891) ; cfr. *A. T. F.* XVII, 325. — On peut se demander si l'art. 582, alin. 3, d'après lequel les ventes d'immeubles doivent être faites aux *enchères publiques*, sauf consentement unanime des associés, peut être appliqué strictement aux sociétés anonymes et si le consentement de la majorité de l'assemblée générale ne suffirait pas pour que les liquidateurs pussent vendre à l'amiable. Nous admettrions cette dernière interprétation, qui est seule rationnelle.

faire ce calcul lorsque les actions sont au porteur? La prévoyance du législateur est en défaut sur ce point.

880. L'art. 667[1] fixe comme suit la procédure de la liquidation (voir, en outre, art. 579 à 584) : *L'actif de la société dissoute est réparti, après paiement des dettes, entre les actionnaires en proportion de leurs actions* (al. 1). Il va sans dire que cette répartition peut être déterminée suivant d'autres principes par les statuts ou par l'assemblée générale unanime. Il est non moins certain que les privilèges accordés à certaines classes d'actionnaires seront respectés ; ainsi les droits des porteurs d'actions de priorité. Mais *cette répartition ne peut avoir lieu qu'après l'expiration d'un délai d'un an, à dater du jour de la troisième insertion faite dans les feuilles publiques à ce désignées* (al. 2 ; cfr. art. 665, al. 2). En revanche, dès que le délai d'un an sera écoulé, chaque actionnaire pourra demander le partage de l'actif. Nous savons qu'une répartition ne peut avoir lieu qu'après acquittement de toutes les dettes sociales. La loi établit, dans les al. 3 à 5 de l'art. 667, de nouvelles mesures destinées à protéger les droits des créanciers. En dehors des publicatiions mentionnées à l'art. 665, ces textes prescrivent : *Les créanciers dont les noms sont connus par les livres ou autrement doivent être invités par communications spéciales (lettres recommandées) à produire leurs créances. S'ils négligent de le faire, le montant de leurs créances doit être consigné[2] en justice* (al. 3). Après l'expiration du délai de prescription des droits du créancier négligent (cfr. art. 146) et pour autant que le montant consigné n'aura pas été prélevé par ce dernier ou distribué à d'autres créanciers, on procédera à une liquidation supplémentaire du dit montant (cfr. art. 667, al. 3). Si un créancier inconnu, qui n'a dès lors pas été sommé de produire, n'est pas intervenu, il a perdu tous ses droits sur l'avoir social puisque la société n'existe plus ; sauf la faculté qu'il a de faire déclarer la faillite de la société même dissoute, aussi longtemps qu'il existe un actif (cfr. art. 573, al. 1) : il n'a pas de recours contre les anciens actionnaires et ce recours se heurterait d'ailleurs à d'insurmontables difficultés pratiques. *Il y a lieu également à consignation pour les affaires pendantes et pour les créances[3] litigieuses, à*

[1] *A. T. F.* XII, 366 (v. ad art. 670). *R. j. f.* V, 154 (la disposition de l'art. 667 al. 1, n'est pas du *jus cogens*, auquel il ne puisse être dérogé par les statuts, sauf, naturellement, dans sa partie qui ordonne le paiement des dettes avant toute répartition ; v. p. 789, note 2).

[2] L'art. 109 al. 1 est inapplicable ici, la consignation étant, dans l'espèce de l'art. 667, non pas un droit, mais une obligation.

[3] Les mots « créances litigieuses » sont une traduction inexacte de : *streitige Verbindlichkeiten* ; c'est *droits litigieux* qu'il fallait dire.

moins que le partage de l'actif ne soit ajourné jusqu'au règlement ou qu'on ne donne aux créanciers des sûretés suffisantes (al. 4). La consignation s'entend du montant de ce que la société pourra devoir, au maximum, du chef des dites affaires pendantes ou litigieuses; elle durera jusqu'à ce que tout soit liquidé. Voici maintenant la sanction des obligations imposées aux liquidateurs: *Les membres de l'administration et les liquidateurs qui contreviennent à ces dispositions sont tenus personnellement et solidairement envers les créanciers à la restitution des paiements indûment opérés* (al. 5), — c'est-à-dire faits aux actionnaires au préjudice des créanciers.

La loi ne nous dit pas dans l'espace de quel laps de temps les liquidations de sociétés anonymes doivent être terminées. Il arrive souvent que des années se passent sans que les actionnaires aient aucun renseignement sur les opérations des liquidateurs. Ces derniers ne seront responsables que du dommage occasionné par leurs fautes et négligences, selon les art. 673 et s., s'ils sont des administrateurs, selon l'art. 396, s'ils ont été choisis en dehors de l'administration.

881. L'art. 668 dispose encore: *Les livres de la société dissoute doivent être déposés en un lieu sûr, désigné par le fonctionnaire préposé au registre, pour y être conservés pendant dix ans* (cfr. art. 878). Ce dépôt a naturellement lieu aux frais de la société, qui devra prélever ces frais sur la masse active avant toute répartition.

SECTION TROISIÈME

Fusion.

882. Les nécessités de la concurrence, les avantages (diminution des frais généraux, division du travail plus complète) tirés de la réunion en une seule de deux ou plusieurs sociétés anonymes, ont rendu les *fusions* de plus en plus fréquentes. Il ne faut pas confondre avec la fusion proprement dite, qui emporte constitution d'une nouvelle société et dissolution de celles qui concourent à la former, l'*incorporation* qui consiste en ce que l'une des sociétés fusionnées absorbe l'autre ou les autres en continuant elle-même d'exister et où les actionnaires des sociétés absorbées deviennent, par la cession de leur actif et de leur passif social, actionnaires de la société dans laquelle ils sont incorporés et dont ils reçoivent des actions. Mais les principes relatifs à la liquidation de la ou des

sociétés dissoutes par suite d'incorporation ou de fusion sont les mêmes; ils sont exposés à l'art. 669. Ce point, controversé en droit allemand, ne nous paraît pas douteux.

883. Nous savons que la fusion ne peut s'opérer qu'à la majorité et sous les conditions fixées par l'art 627, al. 2, et que les art. 615 et s. sont déterminants pour la constitution de la nouvelle société; l'incorporation, qui entraînera forcément une extension du cercle d'affaires de la société, ne peut non plus résulter que d'une décision prise selon l'art. 627, al. 2, en ce qui concerne la société absorbant les autres. Il en sera de même sans doute pour la ou les sociétés qui sont incorporées, bien que l'on puisse prétendre qu'une décision conforme à l'art. 664, al. 2, suffirait; cependant, au vu des termes généraux des art. 627, al. 2, et 669, nous croyons que le législateur exige dans cette hypothèse aussi la majorité spéciale de l'art. 627. L'art. 669 renferme, sur les conséquences de l'incorporation ou de la fusion, les règles ci-après: *Si une société par actions est dissoute à raison de sa fusion avec une autre société anonyme, on applique les dispositions suivantes:*

1° *L'actif de la société qui se dissout* (ou des sociétés qui se dissolvent) *doit être administré séparément jusqu'à ce que ses créanciers aient été payés ou qu'ils aient reçu des sûretés.* C'est le seul moyen d'entraver des spéculations qui enrichiraient certains actionnaires au préjudice des créanciers.

2° *Les tribunaux compétents jusqu'à ce moment le restent pendant toute la durée de l'administration séparée* (ce qui veut dire que le for n'est pas changé); *mais l'administration n'en appartient pas moins à la nouvelle société,* — qui est dès lors chargée de la liquidation de la ou des sociétés dissoutes dans le sens du chif. 1 de l'art. 669, et qui, s'il y a eu fusion proprement dite, doit être au préalable constituée légalement selon les art. 615 et s.

3° *Les administrateurs de la nouvelle société sont personnellement et solidairement responsables envers les créanciers du maintien de la séparation des deux administrations,* — c'est-à-dire de l'observation des règles posées au chif. 1 de l'art. 669.

4° *La dissolution de la société* (fusionnée) *doit être publiée par voie d'inscription sur le registre du commerce* (cfr. art. 665).

5° *La sommation publique* (cfr. art. 665) *aux créanciers de la société peut être ajournée. Toutefois les biens des deux sociétés ne peuvent être confondus avant le moment où la loi permet le partage entre les actionnaires de l'actif d'une société anonyme dissoute* (cfr. art. 667, al. 2). Ce texte manque de précision. Tout d'abord, la loi ne nous dit pas jusqu'à quand la triple sommation de l'art. 665 peut être ajournée. L'ajournement se justifie en soi parce que, dans l'intervalle, on pourra désintéresser les créanciers.

Mais comme la réunion ou la confusion de l'actif des deux sociétés ne peut se faire qu'*un an* après la troisième insertion (arg. art. 669 *in fine* et 667, al. 2), la société sera intéressée à ne pas retarder trop longtemps les sommations qui, pour pouvoir être ajournées, n'en sont pas moins obligatoires.

884. Notons que l'art. 669 s'applique exclusivement aux fusions entre sociétés anonymes ; si une société par actions fusionne avec une société d'une autre espèce, elle est régie non par les principes relatifs à la fusion, mais par les dispositions légales concernant la dissolution (art. 664 et s.). Voir, en outre, nº 878 *bis*.

SECTION QUATRIÈME

Remboursement ou réduction du capital social[1].

885. Notre Code fédéral n'admet pas la réduction du capital social dans le but de décharger les actionnaires des versements non effectués (cfr. art. 614, al. 2, 636, 637). Il soumet en outre la réduction et le remboursement, dans d'autres buts, à diverses dispositions restrictives, car le capital social est sinon la seule, du moins la principale garantie des créanciers. D'ailleurs, sauf le cas assez rare où l'on se convainc que le capital social est trop considérable pour les besoins de la société, remboursement et réduction sont en général des manœuvres destinées à porter préjudice aux créanciers. Si l'on se contente, par exemple, de réduire le montant nominal des actions, actif social et passif social (cfr. art. 656, chif. 6) sont diminués dans la même mesure, et les résultats du bilan ne sont pas altérés. Mais si une partie des actions est rachetée au-dessous du pair, le bilan accusera des bénéfices fictifs que l'on sera tenté de répartir ; si le rachat a lieu au-dessus du pair, il peut être très dommageable à la société, en ce qu'il absorbera une partie de l'actif social, introduira des bénéfices fictifs dans la comptabilité et ne laissera plus subsister qu'un actif d'une réalisation désastreuse. C'est ce dernier moyen qu'emploient souvent des actionnaires habiles pour se défaire, à un cours très avantageux, d'actions qu'ils seraient obligés de vendre à la Bourse bien au-dessous du pair. Une question encore : Quand la réduction du capital social peut-elle avoir lieu ? A défaut d'une prohibition légale (cfr. art. 667, alin. 2, où la répartition de l'avoir d'une société dissoute est ajournée d'au moins

[1] *Zeitsch. für schw. R.* XIV, n. s., 47 et s. (article de M. H. Sträuli).

un an), elle peut se faire avant même l'expiration de l'année, expose M. H. Sträuli ; mais cette opinion est difficilement conciliable avec les termes des art. 670, alin. 2, et 667, alin. 2 (voir cependant n° 886).

886. L'art. 670 (cfr. art. 614, al. 2, et 628, al. 2, chif. 2) dispose : *Le remboursement du capital social aux actionnaires ou la réduction de ce capital ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une décision de l'assemblée générale* (al. 1). Le Code ne fixe pas de majorité particulière, tandis que d'autres lois ont été à bon droit plus rigoureuses, ainsi le Code de com. allem., art. 248. *Ce remboursement ou cette réduction ne peut s'opérer que conformément aux règles prescrites pour la répartition de l'actif en cas de dissolution* (al. 2) ; cfr. art. 667. Ce renvoi à l'art. 667 signifie que tous les créanciers connus doivent au préalable avoir été individuellement sommés de faire valoir leurs réclamations et que, s'ils s'opposent au remboursement ou à la réduction, ni l'une ni l'autre de ces opérations ne sont possibles avant que les créanciers aient été désintéressés ou suffisamment garantis ; mais s'ils ne protestent pas dans le délai fixé pour produire leurs réclamations, la réduction ou le remboursement peut avoir lieu sans encombre. « Le capital-actions, dit le Tribunal fédéral[1], formant la base du crédit de la société anonyme, le fondement même sur lequel elle repose juridiquement, il suit de là que les créanciers ont le droit d'exiger, conformément à la loi, que ce capital soit maintenu intact et qu'il ne soit ni anéanti, ni diminué par des votes arbitraires, tels que son remboursement aux actionnaires. Or ce droit se trouve compromis en fait, non seulement lorsqu'un remboursement est ouvertement décidé, mais encore lorsqu'il vient à s'opérer par l'établissement d'un bilan inexact et illégal, permettant la répartition d'un bénéfice non existant et purement fictif. Dans de pareilles circonstances, refuser aux créanciers sociaux tout droit contre la société et les renvoyer à agir en responsabilité contre l'administration (art. 617, 674 et 675 C. O.), ou, plus tard, contre les actionnaires en restitution de dividendes indûment perçus (art. 632), aboutirait évidemment à enlever aux droits des créanciers ce qui en fait pratiquement la valeur essentielle », etc. Ces derniers mots se rapportent au 3[me] al. de l'art. 670, ainsi conçu : *Les membres de l'administration qui contreviennent à cette disposition* (cfr. art. 670, al. 2) *sont personnellement et solidairement responsables envers les créanciers de la société* ; cfr. art. 674.

[1] *A. T. F.* XII, 366 (les créanciers sociaux ont le droit de s'opposer à toute réduction ou à tout remboursement contraires aux art. 670 et 667, c'est-à-dire décidés sans le paiement des dettes ou sans la constitution de sûretés suffisantes).

887. D'un autre côté, le 4[me] al. du même article 670 porte : *Ce qui précède n'est pas applicable au cas d'amortissement d'actions réservé par les statuts et dont traite l'article 628, 1°;* — ceci pour l'excellente raison que les créanciers ont été prévenus, par les statuts, de cet amortissement. MM. Haberstich et Schneider et Fick croient en outre, et nous acceptons leur avis sur ce point, qu'il en serait de même dans l'éventualité d'actions émises après la constitution de la société, lorsque l'amortissement aurait été prévu dans le décret d'émission. Ajoutons qu'il ne peut guère être question que d'amortissement partiel, car une société anonyme sans actions, partant sans actionnaires, est absolument inimaginable. Quant à l'amortissement non autorisé par les statuts, il est soumis aux règles de l'art. 670, al. 1 à 3.

CHAPITRE V

De la responsabilité[1].

888. Diverses législations modernes ne se sont pas bornées à consacrer le principe de la responsabilité, même solidaire, des fondateurs et de certains organes de la société anonyme (administration et contrôle). La responsabilité civile est une garantie, sans conteste ; mais elle devient parfaitement illusoire en cas d'insolvabilité des personnes responsables. C'est pourquoi nombre de lois nouvelles renferment des dispositions pénales plus ou moins sévères, de nature à sanctionner avec plus d'efficacité les règles sur les devoirs des fondateurs, administrateurs et contrôleurs. Ces mesures répressives sont d'autant plus recommandables que les Codes pénaux eux-mêmes n'ont pas prévu, en général, les délits dont ces personnes pourraient se rendre coupables ; il semble qu'elles auraient dû trouver d'autant plus facilement accueil dans notre Code fédéral, que la législation pénale de nos vingt-cinq cantons et demi-cantons ne renforce nullement ou ne renforce pas suffisamment la sanction

[1] Voir, entre autres, *Ed. Béguelin :* Contribution à l'étude de la resp. civ. des admin. des soc. anon., art. 674 C. O., in-8°, Lausanne, 1901 (tirage à part du *J. d. T.*, année 1901) : *Zeitsch. für schw. R.* XVI, n. s., 111 et s. (article où nous avons également commenté l'art. 674 C. O. ; *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXIX, 505 et s., 553 et s. ; *Rev. jud.*, 1887, 177 et s., 209 et s. (article de M. J. de Muralt) ; *H. Wächter* (voir ad art. 671) ; *Zeitsch. für schw. R.* XXIII, n. s., 260 et s. (article de M. A. Wieland).

purement civile fournie par les art. 671 et s. Assurément, les infractions qui auront un caractère criminel ou correctionnel seront punies, — si le droit cantonal le permet. N'est-il pas regrettable que nous soyons livrés à l'incertitude et à l'arbitraire dans un domaine aussi important ? On a craint peut-être que l'introduction de dispositions pénales dans le texte du Code fédéral ne fût inconstitutionnelle. Ces scrupules eussent été peu fondés, selon nous, — aussi peu fondés que ceux qui auraient pu déterminer le législateur à faire abstraction des pénalités de l'art. 864, par exemple. Et ces scrupules n'arrêteront plus le législateur de l'avenir (cfr. art. 64 *bis* Const. féd., adopté le 13 Novembre 1898).

Comme modèles de législation sur la matière, nous mentionnons le Code de commerce allemand, art. 249 et s., qui est d'une extrême rigueur, la loi belge de 1873 et le Code de commerce italien (art. 246 et s.).

889. I. *A l'égard des fondateurs.* On a fait de tristes expériences avec bien des fondateurs de sociétés anonymes. Circulaires et prospectus mensongers, fraudes et ruses employées pour se créer des avantages excessifs lors de la constitution, tous les stratagèmes ont servi à tromper des souscripteurs crédules. Notre loi s'est préoccupée de cette situation ; elle a voulu y porter remède. L'art. 671 donne, en ces termes, une *actio doli* aux victimes de la spéculation : *Ceux qui*[1] *ont coopéré à la fondation d'une société anonyme sont responsables, soit envers la société, soit envers chaque actionnaire ou créancier de la société, du dommage qu'ils leur ont causé*[2] *:*

1° *en formulant ou en répandant sciemment, dans des circulaires ou des prospectus, des assertions mensongères ;*

2° *en concourant sciemment à dissimuler ou à déguiser dans les statuts des apports ou transmissions de biens, ou des avantages accordés à certains actionnaires ou à d'autres personnes, contrairement à l'article 619, alinéa 1er*[3] *;*

[1] La traduction de cet article laisse place à une équivoque. Le texte allemand emploie le singulier : *Wer bei der Gründung*, etc., ce qui fait comprendre que le mot *solidairement*, qui figure à l'art 674, n'ait pas trouvé place dans le texte français de l'art. 671 ; et, à le rapprocher de l'art. 674, on pourrait croire que c'est à dessein que la loi n'a pas proclamé le principe de la responsabilité *solidaire* des fondateurs. Il n'en est pas ainsi ; les fondateurs sont bien solidairement responsables, en application déjà de l'art. 60.

[2] *J. d. T.* LII, 321 et s., arrêt du T. F.. du 21 Nov. 1903 (nécessité de la preuve d'un dommage causé); cfr. *A. T. F.* XXVIII², 101 et s.

[3] *A. T. F.* XXI, 549 et s. (le fait de déguiser ou de dissimuler *sciemment* — il ne suffirait pas d'avoir ignoré ou dû connaître — doit être personnel au fondateur, et la responsabilité de celui-ci n'est pas engagée si ce fait a existé seulement chez son mandataire ou représentant) : cfr. *ibid.* XXV², 76 et s. (art. 619, alin. 1, et 671, chif. 2 combinés, — action repoussée), XXVIII², 101 et s.

3° *en contribuant sciemment à faire inscrire la société sur le registre du commerce, en vertu d'une attestation ou d'un acte contenant des assertions mensongères*[1].

Comme nous le voyons, l'art. 671 ne donne aux lésés qu'une *actio doli* restreinte aux trois cas ci-dessus ; il limite donc, en sacrifiant les droits des souscripteurs abusés et la sécurité du crédit public, le principe général de la responsabilité non contractuelle déterminée par les art. 50 et s. S'il fallait interpréter littéralement l'art. 671, notre loi, au lieu de sanctionner avec plus de force la responsabilité des fondateurs, aurait créé en faveur de ces derniers une situation tout à fait privilégiée. Tandis qu'un simple particulier répond non seulement de son dol, mais encore de ses fautes et négligences, les fondateurs de sociétés anonymes ne répondraient que de leur dol. C'est absurde, et il paraît presque impossible que le législateur ait voulu cela. Eh quoi ! il serait nécessaire que le lésé prouvât à la fois qu'il a été trompé, et que les fondateurs l'ont trompé *sciemment ?* Tout inintelligible que cela soit, le texte de l'art. 671 ne permet guère une autre interprétation ; il conviendra cependant d'interpréter le mot « sciemment » d'une façon aussi large que possible, afin de ne point attribuer une sorte de prime aux spéculations déloyales. Il faudra spécialement assimiler au dol les grossières et inexcusables imprudences *(luxuria)*[2]. Le Tribunal fédéral n'en admet pas moins que les conditions de l'action en responsabilité de l'art. 671 sont, d'une part, celles « expressément » mentionnées dans ce texte, et, de l'autre, comme il s'entend, celle de toute action en dommages et intérêts.

890. Après ces quelques observations, revenons à l'art. 671 lui-même. Il ne règle pas seulement la responsabilité des fondateurs proprement dits, mais de « tous ceux qui ont coopéré à la fondation d'une société anonyme » d'une manière quelconque, banquiers, notaires, etc. ; il faut dire qu'il sera bien malaisé de prouver le dol à l'égard de ces derniers. La responsabilité dérivée de l'art. 671 est *solidaire*, ainsi que nous l'avons établi en note. Quant au mot : *sciemment*, il implique l'idée d'une fraude, d'un dol, ensorte que la *simple négligence* ne fait point encourir de responsabilité. Nous avons admis néanmoins qu'une négligence inexcusable doit être assimilée au dol ; par exemple, un fondateur n'a pas su, mais il aurait dû savoir, en agissant selon les principes de la plus élémentaire diligence, que le prospectus lancé par lui renfermait des assertions mensongères. Nous n'insisterons pas sur les trois cas de responsabilité énumérés à l'art. 671. Relevons toutefois le fait que

[1] *J. d. T.* LII, 321 et s. (arrêt du T. F., du 21 Nov. 1903) ; cfr. *A. T. F.* XXV[2], 76 et s., et XXVIII[2], 101.

[2] Voir, sur cette question, *Zeitsch. des bern. J. V.* XXIV, 458 et s.

l'art. 24 C. O. peut être invoqué par le souscripteur induit en erreur dans l'hypothèse du 1er al. de l'art. 671, et que les garanties assumées ou les assurances données par les fondateurs peuvent étendre la responsabilité légale.

Quels sont maintenant les ayants droit à l'action en responsabilité ? La *société* d'abord, mais elle n'entrera guère en ligne de compte relativement au chif. 1 de l'art. 671, car il est difficile de supposer que des circulaires ou des prospectus mensongers aient pu lui causer du dommage ; puis, *chaque actionnaire* ou souscripteur, et enfin *chaque créancier*, notamment chaque obligataire. Il est évident, si le préjudice occasionné l'est tout ensemble à la société et aux actionnaires, que les fondateurs ne peuvent être condamnés à le réparer deux fois ; leur responsabilité est d'ailleurs *extra-contractuelle*, du moins en principe, car ils ne sont ni des mandataires sociaux, ni des mandataires individuels des actionnaires ou des créanciers.

891. Les projets disposaient aussi que la société était responsable envers les tiers du dommage causé par ses représentants, employés et ouvriers dans l'exercice de leurs fonctions : on a supprimé les prescriptions établies à ce sujet comme superflues, les art. 62 et 115 exprimant déjà la même idée.

892. II. *Dans le cas de l'article 672.* Sans exclure la responsabilité de la société elle-même (cfr. art. 62 et 115) à raison des actes accomplis par ses mandataires dans l'éventualité de l'art. 672, cet article prescrit : *Si une société anonyme déjà constituée a émis des actions ou des obligations soit pour son compte, soit pour celui de tiers, tous ceux*[1] *qui ont coopéré à l'émission sont responsables envers tout actionnaire ou obligataire du dommage provenant du fait qu'ils auraient sciemment publié ou répandu des circulaires ou prospectus renfermant des assertions mensongères.* Ici encore, la loi exige la preuve du *dol*, ou tout au moins d'une négligence inexcusable, comme nous l'avons admis ad art. 671. La responsabilité entre plusieurs auteurs est *solidaire*. Les ayants droit à s'en prévaloir ne sont que les *actionnaires* ou les *obligataires*, mais non la société, car il n'est guère possible qu'elle soit lésée par des manœuvres du genre de celles que l'art. 672 tente de réprimer ; par contre, la société, actionnée en responsabilité suivant l'art. 62 ou l'art. 115, pourra recourir contre les auteurs du préjudice qu'elle aura dû réparer.

893. III. *A l'égard des administrateurs et contrôleurs.* Les

[1] On a traduit *jeder* par : « tous ceux qui ». Même observation qu'ad art. 671, en ce qui concerne la *solidarité*.

fonctions des administrateurs et contrôleurs ont un double caractère ; ils sont et des mandataires de la société, et des magistrats sociaux. Comme mandataires, ils sont responsables de leur gestion, comme magistrats, de l'observation de la loi et des statuts. Mais le fondement, comme aussi l'étendue de leur responsabilité diffère de celle prévue sous art. 671 et 672. Alors que, dans les espèces de ces deux articles, la responsabilité repose sur les art. 50 et s., en y dérogeant toutefois, celle des art. 673 et s. est de nature *contractuelle*, précisément parce que les administrateurs et contrôleurs sont des mandataires de la société. Mais, comme nous le verrons, et en opposition au principe que la faute contractuelle ne donne droit à des dommages et intérêts qu'*inter partes*, la responsabilité des personnes dénommées ci-haut existe envers les actionnaires et créanciers aussi bien qu'envers la société. En droit français au contraire, les actionnaires et créanciers n'ont que l'action fondée sur les art. 1382 et s. du C. civ., car, ainsi que le reconnaît la jurisprudence, « le mandat donné par une société anonyme à ses administrateurs est un mandat social qui ne lie ceux-ci qu'envers la collectivité des associés, et qui ne peut, dès lors, engendrer contre eux qu'une action sociale » (arrêt de la Cour de Paris, du 16 Avril 1870).

894. *Les membres de l'administration* (cfr. art. 649) *et les contrôleurs* (cfr. art. 659) *sont solidairement responsables envers la société des dommages qu'ils lui causent en violant ou en négligeant leurs devoirs* (art. 673) ; cfr. art. 197 L. P. Il faut ajouter aux organes ci-dessus désignés les personnes auxquelles la *direction* des affaires sociales a été confiée en vertu de l'art. 650, ainsi le directeur d'une banque par actions[1]. Les caractères généraux de leur responsabilité seront fixés par une application des art. 110, 113 et 116, qui traitent des conséquences de la faute contractuelle. Cette responsabilité est d'ailleurs *solidaire* et s'entend de toute faute, dans l'espèce de l'art. 673 (*alias*, art. 674), ensorte que les membres de l'administration et du contrôle ont à prouver, lorsque leurs actes sont critiqués, qu'ils se sont conformés à leurs devoirs ; et ce n'est nullement à la société qu'il incombe de prouver une fraude ou une négligence de leur part[2]. Mais il va de soi que les administrateurs ou contrôleurs dissidents, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas adhéré à la délibération dont découle la responsabilité, ou ceux qui ont protesté contre elle, il va sans dire que ces personnes-là ne sont nullement passibles de dommages et intérêts, puisqu'aucune faute ne leur est imputable ; il en sera de même des absents, s'ils établissent que leur absence était excusable ; en ce qui concerne ceux qui se seront abstenus, la responsabilité sera entière, car la faute peut

[1] *A. T. F.* XIV, 668 et s., XVIII, 604 et s.

[2] Mêmes arrêts que ci-dessus.

consister dans une omission aussi bien que dans un acte. On pourrait se demander néanmoins si les administrateurs qui se sont opposés, ont protesté, ou n'ont pas pris part à la délibération par suite d'absence justifiée, n'ont point, pour s'exonérer de toute responsabilité, à saisir l'assemblée générale des transgressions de la loi ou des statuts qu'ils ont connues ou dû connaître ; la loi belge (art. 52), le Code hongrois (art. 191), le Code italien (art. 149) exigent formellement des administrateurs qui n'ont pas concouru à prendre la décision incriminée qu'ils en avisent la société, pour mettre leur responsabilité à couvert. Notre loi ne dit rien de pareil, malheureusement ; il suffira donc que les administrateurs ou contrôleurs prouvent qu'ils ne se sont pas rendus coupables d'une faute pour être déchargés ; nous croyons cependant que, dans certains cas, l'omission par les opposants ou les absents de faire connaître une décision dommageable, dans le sens de l'art. 673, aux organes compétents de la société pourra être envisagée comme une véritable faute. Quand l'administration est confiée à des directeurs, la responsabilité du conseil dérivera surtout du défaut de surveillance.

895. Les administrateurs, les contrôleurs et aussi les directeurs de l'art. 650 (voir ad art. 673) ne sont pas responsables seulement envers la société comme telle. Il peut se faire que les actionnaires et les créanciers éprouvent un dommage qui se confonde avec celui dont souffre la société ; il se peut également que le dommage par eux subi n'atteigne en rien la société. On pourrait s'imaginer que c'est dans cette dernière alternative uniquement, que la loi donne à chacun des actionnaires et des créanciers le droit de rechercher les administrateurs et contrôleurs en indemnité, et que, dans l'autre espèce, il n'y a lieu qu'à une action sociale. Il n'en est pas ainsi ; on n'a pas voulu immoler les droits de certains actionnaires ou créanciers aux hasards d'une décision de l'assemblée générale, décision que les organes fautifs ont pu faire rendre selon leurs vœux. Mais qu'arrivera-t-il si un préjudice a été occasionné tout ensemble à la société comme telle ainsi qu'aux actionnaires et aux créanciers, et si le préjudice causé à l'une et aux autres se confond en totalité ou en partie ? Dans quelle mesure et suivant quel mode, la réparation s'en opérera-t-elle ? Il est incontestable que si la société elle-même en est indemnisée, sa situation se trouve améliorée ; partant, la valeur des actions et des créances augmente, et chacun des actionnaires ou des créanciers autorisés à exiger des dommages et intérêts devra restreindre ou même abandonner ses réclamations, suivant que la réparation faite à la société amoindrira ou effacera complètement son propre préjudice. La solution est différente, lorsque les actionnaires ou les créanciers demandent les premiers une réparation ; ce qu'ils obtiendront de ce chef ne profite en rien à la société, si bien que les administrateurs ou contrôleurs

fautifs pourraient être condamnés deux fois à réparer le même préjudice, d'abord envers les actionnaires et créanciers, ensuite à l'égard de la société. Ce serait injuste; aussi convient-il, comme l'a proposé M. Wächter, dans le travail cité en note ad art. 674, non seulement de permettre aux organes sociaux responsables d'indemniser en première ligne la société, afin qu'ils ne puissent être contraints de payer deux fois, mais d'interdire aux créanciers et actionnaires la poursuite de tous dommages et intérêts qui se confondraient avec ceux de la société, aussi longtemps que la société est en droit de les réclamer; dès que la société a obtenu réparation ou a renoncé à la requérir, les actionnaires et les créanciers peuvent agir en réparation du préjudice qu'ils ont éprouvé directement et qui n'est point couvert par les indemnités versées à la société. N'oublions point que les actionnaires ont à déduire du montant des dommages et intérêts à eux dus, non pas ce que la société aurait pu réclamer pour elle et qu'elle n'a peut-être obtenu qu'en partie, mais exclusivement ce qu'elle a reçu.

896. Nous avons anticipé quelque peu sur l'art. 674[1]. Les règles relatives aux conséquences de la faute contractuelle ont été étendues assez arbitrairement au cas prévu par cette disposition légale[2]. En réalité, la faute dérivant du contrat ne devrait donner lieu à une action en dommages et intérêts qu'entre les parties (organes sociaux et société) ou leurs ayants cause; ici, elle confère, d'après le texte de la loi, des droits à des tiers, actionnaires ou créanciers, — ce qui entraînera notamment, suivant M. Beguelin, une répartition de *l'onus probandi* en faveur des demandeurs, tandis que nous ne voyons pas la raison de ce déplacement du fardeau de la preuve, car ce n'est pas le dommage subi qui peut être réclamé, parce qu'il a été subi, mais parce qu'il a été déterminé « volontairement » *(absichtlich)*, et c'est dans ces termes que l'action en dommages et intérêts doit être justifiée. L'art. 674 est ainsi conçu : *Les membres de l'administration et les contrôleurs* (ainsi que les directeurs de l'art. 650) *sont solidairement responsables, envers chacun des actionnaires et créanciers de la société, de tous dommages qu'ils leur ont causés en manquant volontairement aux devoirs que leur imposent leurs fonctions respectives.* Envers la société, les dits organes répondent même de leur simple négligence (cfr. art. 673); envers chacun des actionnaires et créanciers, ils ne répondent que de la violation consciente de leurs devoirs, qui ne se confond pas nécessairement avec le dol dans le

[1] Voir, entre autres, *Zeitschr. für schweiz. Recht*, XXIX, 381 et s. (un travail de M. H. Wächter sur l'art. 674), et la note en tête du présent chapitre.

[2] *A. T. F.* XIV, 693 et s.

sens technique du mot[1]. Comme le disait la Commission du Conseil national, l'art. 674 exclut la responsabilité en cas de négligence même grave et la restreint à la transgression intentionnelle des fonctions incombant aux membres de l'administration, de la direction et du contrôle. La responsabilité est *solidaire*, sous les réserves indiquées plus haut (n° 894) quant aux administrateurs ou contrôleurs dissidents. Ajoutons, qu'en thèse générale, les créanciers sociaux ne pourront, à moins que leurs titres, leurs obligations, par exemple, ne soient au porteur, agir en responsabilité qu'après la déclaration de faillite de la société, puisque c'est à cette date seulement qu'un préjudice pourra être constaté à leur encontre (cfr. art. 675 *in fine*); au demeurant, l'art. 674 paraît inapplicable tant que l'action en responsabilité de l'art. 673 n'est pas éteinte pour la société, si le dommage subi par l'actionnaire ou le créancier est identique au préjudice éprouvé par la société elle-même, s'il n'est pas le « *primäre Schaden* » de la doctrine allemande, le dommage causé à l'actionnaire ou au créancier et ne concernant pas la société (par ex., l'administration a désintéressé certains créanciers au détriment des autres, alors qu'elle était tenue de provoquer la faillite, ou elle a supprimé sans droit telles ou telles actions, etc.). M. Wieland, lui, veut régler la question du concours des deux actions dérivant des art. 673 et 674 en conformité des dispositions générales de notre Code sur les obligations solidaires; mais on ne voit pas comment un cas de solidarité conventionnelle ou légale active peut exister dans ces circonstances, et il n'y a pas non plus, à proprement parler, obligation indivisible.

Rappelons encore ici les cas spéciaux de responsabilité prévus par les art. 623, 667, 669, 670; voir aussi l'art. 661.

897. Les statuts peuvent, du reste, étendre la responsabilité des art. 671 et s., non la restreindre, les dispositions contenues dans ces textes étant considérées comme d'ordre public par le législateur.

898. IV. *Dispositions communes aux cas des articles 671, 672, 674.* L'art. 675 nous apprend à ce sujet que : *Lorsque, par*

[1] *A. T. F.* XXIII, 1065 et s., XXIV[2], 815 et s. (l'action fondée sur l'art. 674 est limitée au cas où le dommage est le résultat d'une violation volontaire des obligations imposées aux organes sociaux ; elle suppose la conscience du dommage qui peut résulter d'un acte ou d'une omission, bien qu'il ne soit pas nécessaire que le préjudice ait été le but de la conduite de la personne actionnée, pourvu qu'elle l'ait prévu et par conséquent voulu). — Nous avions admis, dans notre première édition, que l'art. 674 n'était applicable qu'en cas de dol ; cette opinion était trop absolue dans le sens de la portée restrictive du texte précité et l'arrêt, que nous venons de résumer, du T. F., consacre une interprétation rationnelle et plus équitable de la loi.

décision de l'assemblée générale, ceux qui pourraient être poursuivis en dommages et intérêts en vertu des articles 671, 672, 674 ont été libérés de leur responsabilité, cette décision n'est opposable à un actionnaire que s'il y a adhéré, ou s'il n'a formé aucune opposition dans les six mois à dater du moment où il en a eu connaissance, ou s'il a acheté ses actions postérieurement à la décision et en parfaite connaissance de cause (al. 1). Au contraire, une décision de l'assemblée générale exonérant les organes sociaux de la responsabilité de l'art. 673 serait obligatoire pour la société comme telle. Nous trouvons, en parcourant les motifs de l'arrêt du Tribunal fédéral dans la cause Etat de Soleure contre Kaiser[1], diverses propositions qui veulent être reproduites ici en substance : Les personnes responsables aux termes des art. 673 et s. ne sont pas libérées de leur responsabilité à raison du dommage causé dans telles affaires déterminées, par le fait que, dans d'autres, leur gestion régulière ou diligente aurait procuré un bénéfice à la société. Mais la responsabilité d'une personne chargée de l'administration pour des actes outrepassant ses pouvoirs est couverte par la ratification des organes sociaux compétents. D'autre part, l'approbation sans réserve du rapport et du bilan par l'assemblée générale implique la ratification en principe de la gestion ; si toutefois une perte, bien que mentionnée dans les comptes, n'a pas été indiquée comme provenant d'un acte illicite d'un membre de l'administration et que cette circonstance n'ait pas été non plus communiquée d'une autre manière à l'assemblée, on ne saurait voir une décharge en faveur de la personne responsable dans l'approbation du rapport et du bilan, car cette approbation ne s'entend que des faits qui peuvent être connus de l'assemblée. Enfin, la responsabilité du défendeur est atténuée, lorsqu'il eût été possible d'éviter une partie du dommage, si la société ou ses organes compétents avaient réclamé plus tôt.

Si le dommage causé à la société l'était du même coup aux actionnaires, il est naturel que cette décharge de l'assemblée générale ne lierait ces derniers que dans les limites tracées par l'art. 675. L'opposition, qui doit intervenir dans les *six mois* en vertu de ce texte n'est soumise à aucune condition de forme ; il sera bon néanmoins de procéder par voie de signification. En ce qui a trait aux actionnaires qui auraient vendu leurs titres, ou aux détenteurs de titres au porteur qui les auraient aliénés, ils peuvent actionner, même après l'aliénation, les administrateurs ou contrôleurs en responsabilité, si les fautes intentionnelles de ceux-ci, connues du public, ont provoqué une diminution du prix de vente ; mais leur action dérivera, dans ces circonstances, des art. 50 et s., non de l'art. 674.

[1] *A. T. F.* XIV, 668 et s., XVIII, 604 *et* s.

899. L'al. 2 de l'art. 675 dispose, au surplus : *Les créanciers de la société ne peuvent faire valoir les droits que leur confèrent ces mêmes articles* (671, 672, 674) *qu'après la mise en faillite de la société, à moins que leurs créances ne résultent de titres au porteur*. En effet, sauf les détenteurs de titres au porteur qui jouissent d'une faveur spéciale, les créanciers seront, tant que la société n'est pas en faillite, renvoyés à s'adresser à cette dernière.

899 *bis*. M. Béguelin, dans son étude précitée, a soulevé la question de savoir si c'est, en cas de contestation, au demandeur qu'il incombe de prouver qu'il n'a pas adhéré à la décision libératoire de l'assemblée générale, ou qu'il a fait opposition dans le délai légal, ou qu'il n'a pas acquis ses actions postérieurement en connaissance de cause. Il arrive à la conclusion que l'*onus probandi* incombe, de ce chef, au défendeur, aussi bien dans l'espèce de l'art. 674 (voir, d'ailleurs, n° 896), que dans celles des art. 671 et 672 : l'adhésion ne donne lieu, en effet, qu'à une exception dont la légitimité doit être établie par celui qui l'oppose[1].

899 *ter*. Une autre question se présente encore. L'*action sociale de l'article 673* contre les administrateurs et les contrôleurs d'une société anonyme peut-elle être exercée par la *masse en faillite* de cette dernière, en application de l'art. 197 L. P. ? Nous ne le croyons pas, entre autres parce que l'exonération des organes sociaux par une décision de l'assemblée générale est rendue impossible dès la déclaration de faillite de la société, et il n'est pas concevable que la faillite puisse, envers les créanciers, élargir les bases ni accentuer les effets de la responsabilité de l'administration et du contrôle. Mais nous avouons que ce problème juridique est des plus délicats[2]. La masse n'a d'ailleurs aucun droit en vertu de l'art. 674.

900. V. *Prescription de l'action en responsabilité*. 1° *A l'égard des cas des articles 672, 673, 674*. La loi n'établissant pas de délai particulier de prescription dans ce domaine, sous réserve de ce qu'exprime l'art. 675, al. 1, nous retournons à l'application de la règle générale de l'art. 146, d'après lequel cette action se prescrit en *dix ans*[3], car la responsabilité dérive ici d'une faute contractuelle ou semi-contractuelle. Mais comme l'approbation de la gestion par l'assemblée générale (cfr. art. 644) implique, dans la règle, une décharge pour les organes de l'administration et du contrôle, au moins du chef de l'art. 673, le délai de la prescription or-

[1] Cfr., dans ce sens, *A. T. F.* XXIV[2], 816.

[2] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXIX, 505 et s., 553 et s. (un article que nous avons publié sur cette question).

[3] *A. T. F.* VIV, 693 et s.; *H. E.* XVIII, 316 (art. 146 applicable dans l'espèce de l'art. 674).

dinaire sera le plus souvent remplacé par celui de six mois de l'art. 675, al. 1, pour les actionnaires opposants. Il va de soi que les décisions de l'assemblée générale ne lient point les créanciers en cette matière ; ils auront dix ans à partir du moment où ils ont pu faire valoir leurs droits (cfr. art. 675 *in fine).*

2° *A l'égard du cas de l'article 671.* Il s'agit en l'espèce d'une responsabilité dérivant d'une faute non contractuelle ; il semblerait qu'on dût admettre, par analogie, la prescription annale (et, sous certaines conditions, décennale) de l'art. 69, puisqu'aussi bien les art. 50 et s. sont applicables en principe sous réserve des seules dérogations portées en l'art. 671 et restreignant *in casu* la notion de l'acte illicite. Il a été jugé néanmoins que l'action en responsabilité contre les fondateurs se prescrivait par dix ans (art. 146), attendu qu'il n'y a pas lieu, dans ce cas, à une application pure et simple des art. 50 et s.[1] La solution que nous avons indiquée en première ligne doit être préférée, selon nous ; l'art. 69 vise tous les cas de prescription de l'*actio ex lege aquiliana* pour lesquels des délais spéciaux de prescription n'ont pas été établis, et la responsabilité découlant de l'art. 671 est, sans contredit, extra-contractuelle, sauf dans des circonstances exceptionnelles peut-être telles que celles qui paraissent avoir existé dans le cas tranché par l'arrêt du Tribunal fédéral cité en note.

CHAPITRE VI

De la société en commandite par actions.

901. La loi française de 1867, la loi allemande de 1884 ont consacré des chapitres spéciaux et très étendus à la société en commandite par actions. Le Code fédéral ne la traite que comme une variété des sociétés anonymes, quoiqu'elle ne participe pas moins du caractère des sociétés en nom collectif. C'est même à la fois une société en nom collectif, puisque la gérance en est confiée à des associés indéfiniment responsables, et une société anonyme, puisque les autres associés sont de simples actionnaires exclusivement tenus des engagements sociaux jusqu'à concurrence de leurs mises. Si notre loi a soumis les sociétés de l'art. 676 aux règles sur les

[1] *H. E.* IX, 167, *A. T. F.* XXVIII[2], 86 et s.

sociétés anonymes, c'est que, émettant des actions transmissibles, elles devaient être placées sous le régime rigoureux institué pour les sociétés par actions. On a vivement critiqué jadis les sociétés en commandite par actions ; on le pouvait en France, où la loi de 1857 ne les réglementait d'aucune façon ; mais dès l'instant où elles sont condamnées à subir les mêmes prescriptions que les sociétés anonymes, il n'existe pas de raison de s'élever contre celles-là plutôt que contre celles-ci. La société en commandite répond d'ailleurs à un besoin. Effectivement, on ne trouvera pas toujours des actions sur un simple prospectus, tandis qu'on en trouvera si l'entreprise est fondée par des gérants connus et qui s'engagent personnellement sur tous leurs biens. On peut, en substance, la définir ainsi : une société composée, d'une part, d'un ou de plusieurs commandités-gérants, et, de l'autre, d'un corps d'actionnaires étrangers à l'administration ainsi qu'à la raison sociale. Elle comprend deux unités : les associés en nom et l'ensemble des actionnaires.

902. Ces quelques observations présentées, nous pouvons aborder l'examen de l'art. 676[1] qui régit, à lui seul, cette forme de société : *Si le capital de la commandite* (c'est-à-dire le capital social, indépendamment de la fortune personnelle des gérants) *est divisé en actions, cette société, appelée société en commandite par actions, est régie par les dispositions du présent titre* (612 et s.), *sauf les modifications suivantes*[2] :

1° *Les associés indéfiniment responsables* (cfr. art. 590) *forment seuls et en tout temps la gérance* (cfr. art. 649), *qui représente la société* (cfr. art. 651 et s.) *en matière judiciaire et extrajudiciaire*. A l'égard des tiers, les gérants sont des associés en nom collectif. Ils sont contrôlés dans la gestion par les commissaires-vérificateurs des art. 659 et s., par le conseil de surveillance du chif. 5 ci-après et par l'assemblée générale conformément à l'art. 644.

2° *Les gérants sont responsables solidairement et sur tous leurs biens envers les créanciers de la société*[3], *comme le sont les associés indéfiniment responsables dans une société en commandite ordinaire* (cfr. art. 601, 593). Ils s'obligent donc eux-mêmes par leurs actes ainsi que la société, alors que, dans la société

[1] *Haberstich*, II, 609 et s.; *Jacottet*, 377 et s.; *Schneider et Fick*, 860 et s.; *Hafner*, 424 et s.; *Munzinger*, Motifs, 168 et s.; *Mess.*, 67; *Rap. Soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 125; *Thaller*, 273 et s.

[2] Les principales dérogations aux dispositions des art. 612 et s. s'entendent essentiellement de celles visant les art. 612, 633 (cfr. art. 676, chif. 2), 642, chif. 2 (cfr. 667, chif. 1), 644, al. 3, chif. 1, 647, 649 à 651, 658, 664, 674, 675, al. 2 (cfr. 676, chif. 2).

[3] *A. T. F.* XXV², 389 et s. (mais non envers la société en liquidation, à raison, par exemple, du déficit constaté par les liquidateurs).

anonyme, celle-ci est seule engagée par les actes des administrateurs.

3° *Les pouvoirs des gérants ne peuvent être révoqués* (cfr. art. 539 et 647) *que dans les cas et sous les conditions où cette révocation est admise à l'égard des associés gérants dans les sociétés en nom collectif*, — c'est-à-dire sans de justes motifs. Il en est sans doute de même de la *restriction* des pouvoirs.

4° *Les gérants sont tenus de déposer le nombre d'actions de la société prévu par les statuts et ne peuvent les aliéner tant qu'ils demeurent responsables envers la société* (cfr. art. 616, chif. 7, 658), — soit, aussi longtemps qu'ils sont en fonctions comme gérants.

5° *La société en commandite par actions doit avoir un conseil de surveillance. Ce conseil peut, au nom de la société, demander compte aux gérants de leur administration et même les traduire en justice. Le conseil de surveillance a le droit, pour autant que sa propre responsabilité est en jeu ou qu'il y a dol, de poursuivre les gérants même contrairement à un vote formel de l'assemblée générale.* La gestion étant le propre des associés indéfiniment responsables, le rôle du conseil de surveillance est naturellement restreint, en somme, à la partie du contrôle qui ne rentre point dans les fonctions des commissaires-vérificateurs. Il sera nommé sans doute par l'assemblée générale et l'art. 649 sera nécessairement applicable dans son entier à cette institution, au vu des premiers mots de l'art. 676; cfr. art. 5 de la loi française de 1867.

6° *L'assemblée générale* (qui se compose de tous les actionnaires-commanditaires et qui a du reste les mêmes attributions que dans la société anonyme, sauf le droit de nommer les gérants qui lui est enlevé par la nature même de la société en commandite par actions; cfr. art. 644 et s., sous réserve de l'art. 644, al. 3, chif. 1, et de l'art. 647 inapplicables en la matière) *peut désigner les mandataires chargés d'agir en justice au nom de la société contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance.* La responsabilité de ces personnes se règlera d'après les art. 673 et s.; les art. 671 et 672 pourront être appliqués aux fondateurs et à ceux qui émettront des actions ou des obligations au nom de la société constituée; cfr. art. 195 C. com. al.

7° *La société en commandite par actions prend fin lorsque, par suite de mort, de retraite ou de perte de leur capacité juridique* (civile), *les gérants sont* TOUS *hors d'état de continuer les affaires. La dissolution doit être notifiée au fonctionnaire préposé au registre.* Il y a lieu de rapprocher de ce texte celui des art. 545, chif. 2, 3, 6 et 7, et 572 et suiv. (611). Mais la société se dissoudra non seulement lorsque l'un des cas de l'art. 676, chif. 7, se présen-

tera ; elle prendra fin également à raison des causes exprimées aux art. 664 et s., sans préjudice des dispositions statutaires qui peuvent déterminer, par exemple, que la mort d'un gérant, son incapacité ou sa retraite entraîneront la dissolution de la société. La dissolution doit être inscrite sur le registre du commerce, à la diligence de l'administration, excepté lorsqu'elle est la conséquence de la faillite (cfr. art. 665).

L'art. 627 s'applique aux *modifications des statuts ;* il sera donc nécessaire que les gérants, qui sont le plus directement intéressés à la marche régulière des affaires sociales, veillent soigneusement à ce que les statuts ne puissent être modifiés trop facilement. Ils prendront leurs mesures à cet effet, lors de la rédaction du contrat originaire de société.

903. L'art. 677 n'appelle pas de longs commentaires. *Lorsque,* y lisons-nous, *un capital de commandite est divisé en parts, représentant les droits des différents commanditaires, mais n'ayant pas le caractère d'actions ou étant déclarées intransmissibles, il y a lieu d'appliquer les dispositions du titre sur les sociétés en commandite* (cfr. art. 590 et s.) *et non celles du présent titre.* L'intransmissibilité de l'art. 677 enlève précisément aux parts des commanditaires la nature d'actions ; et, dès lors, il n'y a plus de motif pour appliquer ici les prescriptions concernant les sociétés anonymes.

903 *bis.* Aux termes de l'art. 39 L. P., sont soumis à la poursuite par voie de faillite : « ... 4° le gérant d'une société en commandite par actions ; ... 7° les sociétés anonymes ou sociétés en commandite par actions ».

TITRE VINGT-SEPTIÈME

DES ASSOCIATIONS[1]

---

904. Les associations régies par les dispositions du titre vingt-septième correspondent aux *Genossenschaften* du droit allemand. On les appellerait plus exactement : des *associations coopératives*. Elles s'occupent de production, ou même simplement de consommation, c'est-à-dire qu'elles entreprennent une série d'opérations ayant un caractère soit industriel soit commercial. Pourquoi cette institution nouvelle ? Les philosophes et les économistes ont dû constater qu'il était indispensable d'émanciper le travail, de permettre à l'ouvrier d'être mieux qu'un instrument. Et ils lui ont donné un moyen de s'affranchir : l'association. Le mouvement a été lancé en Allemagne par Schultze-Delitsch et Raiffeisen qui, par leurs banques coopératives, ont procuré d'inappréciables avantages à la petite culture et à la petite industrie. La forme de l'association est particulièrement appropriée aux groupes d'artisans et d'ouvriers, qui, n'ayant pas de capitaux disponibles, ne peuvent mettre en commun que leurs épargnes. Elle a pour but primordial de supprimer ou de diminuer des bénéfices absorbés dans la règle par les intermédiaires entre producteurs et consommateurs. Mais on s'est fait des illusions, lorsque l'on s'est imaginé que l'association serait dans un prochain avenir substituée au salariat. Elle est en général, et par la force même des choses, assez pauvre de capitaux ; elle éprouve de grandes difficultés à soutenir la concurrence de sociétés

[1] *Haberstich*, II, 614 et s. ; *Jacottet*, 380 et s. ; *Schneider et Fick*, 864 et s. ; *Hafner*, 427 et s. : *L. Kirchhofer*, Beiträge zum schweiz. Genossenschaftsrecht (Winterthur, 1888), 18 et s. : *Rap. Soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 126 et s. ; W. *Burkhardt :* Die rechtliche Natur der Personenverbände, Berne, in-8°, 1896 ; *Zeitsch. für schw. R.* VIII, n. s., 398 et s. (article de M. le prof. A. Heussler) ; *G. Blattner :* Die Rechtsverhältnisse der Mitglieder in der Erwerb-u.- Wirthschaftsgenossenschaft, etc., Aarau, in-8°, 1899 ; *Zeitsch. des bern. J. V.* XLI, 1 et s., 71 et s. (étude de M. Burkhardt sur « l'intervention dans la faillite de l'association, pour une créance des associés fondée sur le dol de la direction »).

pouvant utiliser des fonds considérables. Elle a résolu ou elle résoudra non pas la question sociale, qui est insoluble, mais certaines questions sociales : argent, denrées, vêtements à meilleur marché, etc. Parmi les associations, ce sont les sociétés de consommation qui ont surtout prospéré en reversant sur les ouvriers les profits que réalisait le commerce de détail ; les sociétés de production ont eu moins de succès, mais elles n'ont pas encore dit leur dernier mot, et, depuis quelque dix ans, elles ont réalisé bien des progrès. Ajoutons que les *sociétés d'assurance mutuelle* sont, d'après une jurisprudence constante, des associations dans le sens des art. 678 et s.

905. La législation sur la matière date, en *Allemagne,* de la loi prussienne de 1867 qui est devenue loi impériale, avec quelques modifications, à la suite de la déclaration du 19 Mai 1879. En *Angleterre,* nous connaissons une loi du 7 Août 1862. En *France,* nous trouvons des dispositions sur cet objet dans le titre III de la loi sur les sociétés du 24 Juillet 1867. En *Suisse,* nous possédons dès le commencement de ce siècle des associations fort semblables à celles prévues par les art. 678 et s. du C. féd. des obl. Nous en rencontrons surtout dans la Suisse romande, comme la Fromagerie d'Yverdon fondée en 1803. Dans le canton de Vaud en particulier, elles sont à la fois très nombreuses, très florissantes, et revêtent la forme de la *société à capital variable* du droit français. On entend, en effet, par société à capital variable celle dans les statuts de laquelle il est convenu que le capital social, au lieu d'être fixe, reste en voie de formation, puisqu'il peut être augmenté par des versements successifs ou par la réception de nouveaux membres et qu'il est susceptible d'être diminué par la reprise partielle ou même totale des apports (loi de 1867, art. 48). Dans la Suisse allemande, au contraire, les associations étaient assez rares ; ainsi en 1883, le canton de Berne avait, parmi ses sociétés de fromagerie, le 1/10 d'associations et les 9/10 de sociétés anonymes, tandis que le canton de Vaud offrait une proportion inverse (11/12 d'associations et 1/12 de sociétés anonymes). Depuis la promulgation du Code fédéral, les associations ont pris un grand essor, car aucune de nos législations cantonales n'en traitait à proprement parler. Notre loi, tenant compte de l'extrême variété des formes d'associations, a laissé la latitude la plus complète aux parties dans ce domaine ; il est néanmoins probable que les expériences faites ces dernières années conduiront le législateur à poser des principes plus rigoureux et qui s'appliqueront indistinctement à toutes les associations.

905 *bis*. Dans l'association, le lien social est plus fort que dans la société anonyme ; ses membres se confondent beaucoup plus avec l'institution commune qu'ils ont créée, et l'*intuitus personae* joue un rôle plus considérable aussi.

CHAPITRE PREMIER

De la nature et de la formation des associations.

906. *De leur nature.* Les associations diffèrent essentiellement de la société anonyme, en ce que le capital social n'y est point fixe, n'y est pas divisé en actions, et en ce que la responsabilité subsidiaire et solidaire des membres à raison des dettes de l'association y est présumée (cfr. art. 689). Elles se distinguent des sociétés en nom collectif et en commandite, en ce qu'elles sont organisées comme de véritables corporations, grâce au minimum élevé du chiffre de leurs membres (7 au moins, d'après l'art. 679), et en ce que les associés ne répondent des dettes que pour le cas dans lequel l'association serait en faillite (cfr. art. 689), mais non déjà lors de sa dissolution pour d'autres causes (voir n° 756 *in fine;* cfr. art. 564). Elles ne doivent pas être confondues avec les « autres sociétés » des art. 716 et s., attendu qu'elles ont nécessairement, à titre principal, un but économique ou financier, dans l'intérêt de leurs membres, tandis que, dans les « autres sociétés », même poursuivant un but identique, les avantages pécuniaires recherchés ou réalisés ne profitent pas aux membres de celles-ci[1]. C'est ce que nous verrons mieux encore par l'examen des dispositions légales sur la matière.

907. L'art. 678 définit l'association comme suit : *Toute réunion de personnes qui, sans constituer l'une des sociétés définies aux titres* XXIV *à* XXVI, *poursuit un but économique ou financier commun, doit, pour former une association ayant droit à la personnalité civile, se faire inscrire sur le registre du commerce conformément aux dispositions qui suivent* (cfr. art. 679 à 681 et 859 et s.). Nous disons que les associations poursuivent un *but économique ou financier commun*, en ce sens que les sociétaires ont en vue un *avantage matériel, immédiat*, de quelque nature qu'il soit, — *un gain*, peu importe d'ailleurs qu'il soit destiné à être réparti[2], ou que l'association poursuive à d'autres égards ce

[1] *A. T. F.* XXIV[2], 561, 796 ; cfr. *ibid.* XIII, 213.
[2] *A. T. F.* XXIV[2], 562.

que les Allemands appellent un but idéal (cfr. art. 717). Pour avoir la *personnalité civile*[1], l'association doit nécessairement se faire inscrire au registre du commerce ; par l'inscription, elle devient capable de s'obliger et d'acquérir en son propre nom, comme aussi d'ester en justice, etc. Tant qu'une inscription n'a pas eu lieu, les actes accomplis au nom de l'association ne l'obligent ni ne lui profitent, et on appliquera les règles de la société simple[2]. La forme des associations est choisie de préférence par les sociétés coopératives, les fromageries, les consommations, les caisses d'épargne, les caisses de secours, les crédits mutuels, les sociétés de construction à bon marché (cfr. pour cette énumération l'art. 1 de la loi allemande précitée).

908. *De leur formation.* L'art. 679 dispose : *Les statuts de l'association (acte constitutif) doivent être dressés par* ÉCRIT *et signés par* SEPT *sociétaires au moins* (cfr. art. 9, 11 à 13). Alors même que les statuts seraient rédigés en la forme authentique, la signature personnelle de sept sociétaires au moins, au bas de l'acte, serait indispensable. Une association ne peut donc se constituer si, à l'origine, elle ne compte un minimum de sept membres. Mais, quand bien même l'association serait plus nombreuse, il suffirait de la signature de sept d'entre les associés pour que le contrat de société fût valable (cfr. encore art. 680, al. 1). Si l'association étant composée de sept membres seulement, l'un ou plusieurs d'entre eux se retirent, elle n'en continue pas moins d'exister, sous réserve de l'art. 710, chif. 2, pourvu que les sociétaires sortants puissent être remplacés par de nouveaux.

909. L'existence légale de l'association dépendant de son inscription au registre du commerce, et le défaut d'inscription la soumettant à l'art. 717, le Code fédéral dit ce qui suit en son art. 680 : *L'association est inscrite sur le registre du commerce du lieu où elle a son siège. L'inscription ne peut avoir lieu que sur le dépôt, entre les mains du fonctionnaire préposé au registre, des statuts munis des signatures exigées par l'article précédent ; ces signatures doivent être légalisées et les signataires sont tenus d'indiquer leurs noms et demeures. En outre, il est indispensable* (pour que l'inscription soit admissible ; cfr. le texte allemand) *que les statuts contiennent des dispositions concernant* (les points suivants, qui peuvent être réglés contrairement aux prescriptions particulières de la loi, moyennant que les statuts le rappellent) :

[1] Voir note ad art. 623, où nous nous sommes expliqué sur le sens de cette expression (cfr. art. 716) : consulter *A. T. F.* XXI, 1069 et s.
[2] *A. T. F.* XXIV[2], 840 et s.

1° *la dénomination (raison sociale) de l'association* (cfr. art. 873 et 902);

2° *le siège de l'association et de ses succursales* (cfr. art. 624, 865), — pour déterminer la juridiction;

3° *le but de l'association,* — puisque le but est essentiel pour caractériser la nature de la société (cfr. art. 710 chif. 1, 716 al. 4 et 717);

4° *les conditions requises pour l'admission et la sortie des sociétaires* (cfr. art. 683 et s.);

5° *la nature et la valeur des contributions ou apports des sociétaires,* — apports qui peuvent être librement fixés par les statuts;

6° *la manière dont l'association est organisée, dirigée et représentée, et dont on doit signer en son nom* (cfr. art. 695 et s.), — car il faut qu'il y ait une signature sociale invariable, en laquelle les tiers puissent avoir confiance;

7° *la supputation et le partage des bénéfices, si l'association a un but lucratif* (cfr. art. 687 et 703), — la société pouvant parfaitement avoir un but économique ou financier mais non lucratif, c'est-à-dire ne comportant pas une répartition de bénéfices en argent.

On doit y ajouter, le cas échéant:

8° la clause d'*exonération des sociétaires de toute responsabilité individuelle* (cfr. art. 688 et 679).

910. Relativement au mode de publication, l'art. 681 dispose: *Les statuts doivent être publiés intégralement ou par extrait dans la Feuille officielle du commerce* (cfr. art. 862). *L'extrait doit contenir les énonciations énumérées en l'article 680, et, en outre, les noms et demeures des personnes appelées à agir au nom de l'association, ainsi que, s'il y a lieu, la mention que les sociétaires sont exonérés de toute responsabilité individuelle* (cfr. art. 688, 689). En effet, à défaut d'une clause semblable dûment publiée, notre loi présume que tous les associés sont personnellement et solidairement responsables de tous les engagements sociaux; les tiers sont autorisés à se prévaloir du défaut de publication sur ce point.

CHAPITRE II

Des droits et des obligations des sociétaires.

SECTION PREMIÈRE

Admission, retraite, exclusion des sociétaires.

911. Les *modifications* aux statuts, lorsqu'elles portent sur l'une des matières visées par l'art. 680, doivent être rendues publiques de la même façon que les statuts eux-mêmes; elles ne peuvent d'ailleurs se produire que sous les conditions spécifiées à l'art. 682: *Sauf disposition contraire des statuts, ceux-ci ne peuvent être modifiés que du consentement de* TOUS *les sociétaires. Toute modification doit être inscrite sur le registre du commerce et publiée de la même manière que les statuts primitifs.* L'omission d'inscrire ou de publier, en tant qu'il s'agit d'une modification de l'une des parties de statuts rappelées à l'art. 680, rend cette modification sans effet à l'égard des tiers. En revanche, les modifications ayant trait à d'autres objets n'ont pas besoin d'être inscrites et publiées, à moins que les statuts n'aient été intégralement portés à la connaissance du public; dans ce cas, les tiers doivent être informés des changements survenus pour qu'on puisse les leur opposer.

Voir en outre les art. 689, 691, et 702. C'est peut-être le lieu de constater ici que les membres d'une association possèdent des *droits acquis* (cfr. art. 627), des droits attachés à leur qualité de sociétaires et que des décisions de l'assemblée générale, déguisées ou non sous la forme d'une modification des statuts, ne peuvent leur enlever; signalons, comme tel, le droit de n'être pas obligé de subir une transformation du but social[1].

912. Le nombre des sociétaires est essentiellement variable. *Sauf disposition contraire des statuts,* dit l'art. 683, *l'associa-*

[1] *A. T. F.* XXIV², 801; voir ad. art. 627.

tion peut toujours recevoir de nouveaux membres. — Pour obtenir d'en faire partie, il suffit d'une demande ÉCRITE. Ce qui veut dire que la société n'est pas tenue de recevoir de nouveaux membres, mais que, dans l'hypothèse où les statuts n'y mettent point obstacle, la seule formalité imposée au postulant pour être reçu consiste dans une demande écrite à laquelle l'association peut faire ou ne pas faire droit. La traduction défectueuse du 2[me] al. de l'art. 683 pourrait faire croire que l'association est tenue d'accueillir toute personne à titre de sociétaire, pourvu que celle-ci le demandât par écrit. La réception a lieu par l'organe compétent désigné par les statuts, dans la règle, par l'assemblée générale ou la direction. Quant à la *responsabilité* des nouveaux membres et à la *publicité* à donner aux admissions, nous renvoyons aux art. 690 et 702.

913. De même que l'on peut entrer assez librement dans l'association, de même on peut en sortir presque sans autre forme de procès. Selon l'art. 684: *Tout sociétaire a le droit de se retirer de l'association tant que la dissolution n'en a pas été résolue* (cfr. art. 687, 690, 691 693, 702 et 709 chif. 1 et 2). — *Les statuts ne peuvent valablement supprimer ce droit, et l'on ne peut s'engager d'avance à n'en pas faire usage* (al. 1 et 2). Le droit à la retraite est donc un droit absolument garanti aux sociétaires, et, pourvu qu'ils se retirent sans manquer à la loi ou aux statuts, aucune indemnité ne peut leur être réclamée. Ce droit n'est cependant pas absolu au point d'être absurde; s'il ne peut pas être valablement convenu que le sociétaire devra faire partie de l'association sans pouvoir s'en retirer, l'art. 684 al. 3 prescrit néanmoins: *Lorsque les statuts ne contiennent pas de règles sur ces points, on ne peut se retirer qu'à la fin d'un exercice annuel et moyennant un avertissement préalable d'au moins quatre semaines*. L'« exercice annuel » doit être entendu dans le sens d'exercice périodique, si les exercices sont de moins ou de plus d'une année.

Mais que signifie en fin de compte l'art. 684? Ceci, pensons-nous: Il est impossible de restreindre d'une manière générale le droit de retraite, mais il ressort du texte de l'art. 684 *in fine* que la loi limite elle-même ce droit et qu'elle réserve en outre des limitations statutaires plus étendues; une interdiction temporaire de la faculté de se retirer de l'association serait donc licite (obligation, par exemple, d'en demeurer membre pendant deux ou cinq ans); si cependant cette interdiction équivalait en réalité à une suppression du droit de retraite, le juge serait fondé à annuler une clause semblable en application de l'art. 684 al. 2. Cette interprétation paraîtra sans doute arbitraire; c'est la seule solution raisonnnable. Evidemment, le législateur aurait pu être plus clair et plus précis; mais s'il a voulu dire quelque chose, il n'a guère pu dire que ce que nous avons

admis. S'il avait entendu prohiber quelque restriction que ce fût du droit de retraite, il n'aurait pas employé les mots: « Lorsque les statuts ne contiennent *pas de règles* SUR CES POINTS, » etc.

914. L'*exclusion*, si le sociétaire qu'elle frappe ne s'y soumet pas de son plein gré, ne peut être prononcée que par l'autorité judiciaire. L'art. 685 dit à ce sujet: *S'il y a de justes motifs, l'exclusion d'un sociétaire peut être prononcée par le juge sur la demande d'un quelconque des sociétaires, encore que les statuts ne prévoient point le cas ou qu'ils contiennent des dispositions contraires*. Ces justes motifs seront, entre autres, ceux que nous avons cités ad art. 547 et 576. Le juge apprécie souverainement et les statuts ne peuvent conférer le droit d'exclure, même pour des motifs déterminés, à l'un des organes de l'association. A la vérité, cette proposition est peut-être plus impérative que le texte de l'art. 685; il n'est guère possible d'imaginer que le législateur n'ait pas eu l'intention que nous lui prêtons. Cette opinion est toutefois contraire à celle adoptée par le Tribunal fédéral [1] dans un arrêt de 1894, où nous lisons ceci: « Il résulte clairement des termes de l'art. 685 C. O. que les associations peuvent prévoir dans leurs statuts les causes donnant lieu à exclusion. Mais cet article ne dit pas que dans les cas prévus par les statuts le juge peut seul prononcer l'exclusion après avoir constaté l'existence de l'une des causes d'exclusion prévues... D'ailleurs on ne voit pas de raison d'ordre général pour considérer comme illégale et non valable une disposition statutaire attribuant le droit d'exclusion à l'assemblée générale de l'association », — sous réserve d'un droit de recours de l'associé exclu à l'autorité judiciaire, car un vote de majorité ne saurait le priver indirectement de ses droits dans l'avoir social sans pourvoi possible.

915. Enfin l'art. 686 est conçu comme suit: *Sauf disposition contraire des statuts, la qualité de sociétaire se perd par la mort*, — ensorte que, *de lege*, les droits de l'associé ne sont pas transmissibles à ses successeurs. Mais les statuts peuvent parfaitement prescrire le contraire, sans néanmoins qu'une clause semblable soit obligatoire pour les héritiers qui pourront se refuser à entrer dans l'association (cf. art. 691). Comme l'association repose sur un contrat de confiance réciproque, formé *intuitu personae*, il faut décider que, sauf le cas réservé à l'art. 686, la qualité de sociétaire est intransmissible (cfr. art. 542, 545 chif. 2, 694).

Voir en outre l'art. 702.

[1] *A. T. F.* XXI, 1251; dans le même sens *R. O. H. G.* XXI, 84, XXIII, 380, etc.

SECTION DEUXIÈME

Des droits et des obligations des sociétaires.

916. I. *Leurs droits*. Ces droits ne sont pas fixés d'une manière générale par la loi, mais bien abandonnés en principe à la réglementation statutaire. *Les statuts,* dit l'art. 687, *déterminent les droits qu'un sociétaire sortant ou ses héritiers peuvent avoir sur les biens de l'association. A défaut de dispositions contraires, le sociétaire sortant* (cfr. art. 684 et 685) *ou ses héritiers ont droit à une part virile de l'avoir social dans le cas où, l'association venant à être dissoute dans l'année qui suit la sortie ou la mort du sociétaire, il est procédé à un partage de l'actif.* L'art. 687 ne prévoit que dans l'hypothèse d'une dissolution un droit des sociétaires sortants à une part virile (cfr. art. 713, al. 3) de l'avoir social, d'après le dernier bilan ; et encore les statuts peuvent-ils en disposer autrement ; et enfin doit-on, dans notre espèce, se trouver en face d'une association solvable, car l'actif est destiné en première ligne à payer les créanciers[1]. Si l'association ne se dissout pas au moment de la sortie (retraite, exclusion, mort), ou si la dissolution n'intervient pas dans une année à partir de cette époque, l'associé sortant n'a, toutes clauses contraires des statuts réservées, plus aucun droit sur l'actif de l'association, et ses héritiers sont dans le même cas. Le *dies a quo* pour la supputation du délai ci-dessus d'une année s'entend du jour de la sortie, abstraction faite de l'inscription de cette circonstance au registre du commerce, cette formalité n'ayant d'importance que dans les rapports des associés envers les tiers (cfr. art. 691). Il n'est pas besoin d'ajouter que les associés conservent toujours leurs droits, pour autant que ceux-ci ne sont pas éteints par la prescription ordinaire, sur les créances qu'ils ont contre l'association (comme vendeurs, bailleurs, prêteurs, etc.), ou sur les dividendes à percevoir en conformité des statuts, ou sur leurs apports.

917. II. *Leurs obligations*. On verra, par le simple rapprochement des dispositions expliquées dans la suite de cette section, que le Code fédéral connaît deux espèces d'associations, l'une dont les membres — et c'est la règle — sont subsidiairement et solidairement tenus à raison des engagements sociaux, l'autre dans laquelle les sociétaires n'encourent — mais les statuts doivent le prescrire formellement — aucune responsabilité personnelle de ce chef.

[1] *A. T. F.* XXIX[2], 623 et s.; cfr *ibid.* XX[2], 1251.

918. 1. La *responsabilité subsidiaire et solidaire* porte non seulement sur la mise des sociétaires, mais sur tous leurs biens. Examinons le texte même de la loi. *Si*, dit l'art. 689, *les statuts ne contiennent aucune disposition d'où résulte une semblable exonération* (celle prévue à l'art. 688 ; voir nº 923 ci-après), *ou si cette disposition n'a pas été régulièrement publiée* (cfr. art. 688, al. 2), *les sociétaires sont obligés solidairement et sur tous leurs biens. Ils ne sont, du reste, obligés que subsidiairement, en ce sens qu'ils sont seulement tenus de la perte subie par les créanciers dans la faillite de l'association.* Les sociétaires ne peuvent être affranchis d'une responsabilité personnelle que sous les conditions fixées à l'art. 688. A moins qu'ils n'en soient exonérés en due forme, ils sont tenus des obligations sociales dans la même mesure que le membre d'une société en nom collectif ou l'associé en nom d'une société en commandite, avec cette différence toutefois que les créanciers de l'association n'ont d'action directe contre eux — chacun d'entre eux étant d'ailleurs *solidairement* (cfr. art. 163 et s.) responsable, — que lorsque, l'association étant tombée en faillite et la faillite ayant été liquidée, les créanciers n'ont pas été couverts du montant intégral de leurs réclamations. L'action est alors donnée pour toutes les sommes non payées. Les statuts peuvent, au surplus, restreindre la responsabilité dont il s'agit, moyennant que la clause *ad hoc* soit inscrite et publiée comme le veut l'art. 688.

Si des créanciers avaient négligé d'intervenir dans la faillite ou si, par leur faute, leurs productions se trouvaient écartées en tout ou en partie, ils perdraient, en conformité de l'art. 510 *in fine*, applicable par analogie, leur recours jusqu'à concurrence du préjudice résultant pour eux de cette négligence. On peut bien objecter, à la vérité, que ce que certains créanciers n'auront pas obtenu dans ces circonstances, profitera aux autres, dont le dividende sera plus élevé, et qu'en somme la responsabilité des sociétaires ne sera pas aggravée : ils paieront en plus aux uns ce qu'ils auront à payer en moins aux autres. Mais la loi dispose expressément qu'ils sont « seulement tenus de la perte subie par les créanciers dans la faillite de l'association » ; elle exige donc une intervention, et une intervention utile de la part des créanciers. Cette intervention peut n'être pas sans influence sur la liquidation de la faillite : les intervenants auront intérêt à ce que la vente des biens se fasse au plus haut prix possible, ils veilleront à ce que la liquidation ne soit pas trop coûteuse, etc. ; et puis, *vigilantibus jura scripta sunt.*

919. D'après l'art. 690 : *Celui qui entre dans une association dont les membres sont personnellement obligés, est tenu comme les autres sociétaires des engagements même contractés avant son entrée. — Toute convention contraire est nulle à l'égard des tiers.* C'est le principe des art. 565 et 606.

920. D'autre part, l'art. 691 prescrit : *Lorsqu'un sociétaire personnellement obligé cesse de faire partie de l'association par suite de décès ou pour toute autre cause* (cfr. art. 684 et 685), *il n'en reste pas moins tenu, lui ou ses héritiers, des engagements*[1] *contractés antérieurement, si l'association tombe en faillite dans les deux ans qui suivent l'inscription de sa sortie* (cfr. art. 702, al. 1 et 2) *sur le registre du commerce.* Il serait inadmissible que la responsabilité prît fin au moment où le sociétaire devient de fait étranger à l'association, soit même à l'instant où cette circonstance est régulièrement portée à la connaissance des tiers. Aussi bien notre loi décide que, quelle que soit la cause de la sortie et à raison de toutes les dettes de l'association contractées antérieurement, — car sans cela, rien ne serait plus facile que d'échapper à toute responsabilité en opérant sa retraite opportunément, — les associés sortants demeurent responsables, pendant les *deux ans* qui suivent l'inscription de leur sortie, si l'association tombe en faillite dans l'intervalle. Ajoutons que l'art. 691 règle aussi les obligations des associés sortants envers les associés qui restent dans la société, et non seulement à l'égard des créanciers[2]. *L'obligation personnelle*, dit l'art. 692, *cesse de même pour l'ensemble des sociétaires lorsque, la dissolution de l'association ayant été inscrite sur le registre du commerce, la faillite n'en est pas déclarée dans les deux années qui suivent l'inscription.* Les créanciers auront donc intérêt, dès le jour où la dissolution sera inscrite, à produire en conformité de l'art. 712. Si les biens ayant été répartis avant l'expiration du délai de *deux ans*, des créanciers n'ont pas été payés, quels sont leurs droits, en dehors du cas prévu à l'art. 713 *in fine ?* Ils ne peuvent évidemment plus ni poursuivre ni demander la faillite de l'association, puisque nous supposons cette dernière liquidée. Mais, comme ils sont encore dans les deux ans, n'ont-ils pas de recours contre les associés personnellement ? Nous trancherions cette question par l'affirmative, moyennant que les créanciers fissent constater juridiquement, avant la fin des deux ans, que, faute d'actif, l'association ne peut plus être mise en état de faillite. Cette éventualité ne se présentera guère que pour les créanciers inconnus au temps de la liquidation.

921. L'art. 693 porte, de son côté : *Toute action fondée sur l'obligation personnelle des sociétaires, si elle n'est pas déjà éteinte aux termes des articles 691 et 692, se prescrit par un*

[1] Il importe peu que les créances soient échues ou non ; le délai de prescription de l'art. 691 est absolu ; il se calcule, dans tous les cas, depuis l'inscription de la sortie et il n'est pas interrompu par les actes juridiques dirigés contre l'association (en sens contraire, la loi allemande), sauf la faillite déclarée.

[2] *H. E.* XIX, 51.

an à partir du jour où les opérations de la faillite (sociale) *sont terminées*. La législation spéciale sur les faillites détermine le jour où la liquidation doit être considérée comme close. Si la faillite a été déclarée dans les deux ans après l'inscription de la sortie d'un sociétaire, ou si elle est prononcée dans les deux ans qui suivent le jour où la dissolution a été inscrite (art. 691 et 692), ni l'associé sortant (art. 691), ni le sociétaire en général (art. 692), ne peuvent se considérer comme déchargés de leur responsabilité ; au contraire, celle-ci dure encore pendant *une année* à partir de l'époque où « les opérations de la faillite sont terminées ». En résumé, si l'action des créanciers est prescrite selon les dits art. 691 et 692, toute obligation personnelle des sociétaires est éteinte. On doit admettre que, suivant l'art. 155, la prescription interrompue, dans l'hypothèse de l'art. 693, contre l'un des sociétaires, l'est également contre les autres, puisque nous avons affaire à des co-débiteurs solidaires ; l'interruption peut, d'ailleurs, malgré l'art. 165, consister dans une reconnaissance de la dette par l'un des sociétaires (cfr. art. 154, chif. 1, et 155).

922. Le *recours* des sociétaires les uns contre les autres est réglé par l'art. 168.

923. 2. En opposition avec le C. com. al., notre loi, qui introduit ici, à certains égards, la notion de la *société à responsabilité limitée* (voir n° 802 *ter*), *permet d'exclure, par une clause des statuts, toute responsabilité individuelle des sociétaires*[1] *;* elle n'envisage donc pas comme un élément essentiel de l'association le fait que ces derniers sont subsidiairement et solidairement responsables des obligations sociales. L'art. 688 nous dit : *Les statuts peuvent exonérer de toute responsabilité personnelle quant aux engagements de l'association et déclarer que ces engagements seront uniquement garantis par les biens de l'association. — Cette disposition des statuts doit être publiée dans la Feuille officielle du commerce* (cfr. art. 862) ; *lorsqu'elle l'a été, les sociétaires ne peuvent être poursuivis individuellement pour les dettes de l'association*. On n'est pas d'accord sur le point de savoir si les sociétaires peuvent, en accomplissant la formalité de l'art. 688, al. 2, s'exonérer *partiellement* de leur responsabilité personnelle, ou si la loi n'autorise que deux espèces d'associations : celle où les associés sont responsables en vertu de l'art. 689 et celle où ils sont libérés de toute responsabilité en application de l'art. 688. L'ordre public est intéressé, croyons-nous, à ce que les associations ne puissent revêtir que l'une ou l'autre des formes prévues aux deux articles ci-dessus. Du reste, l'historique de la rédaction du Code fé-

[1] *R. j. f.* XXII, 66 et s. (arrêt du T. F., du 9 Octobre 1903).

déral et le texte positif des dispositions légales dont il s'agit ne permettent pas d'arriver à un autre résultat, bien que, dans la pratique, paraît-il, les associations avec responsabilité partielle des sociétaires se rencontrent par-ci par-là. En conséquence, si une clause d'exonération partielle figurant dans les statuts avait été publiée dans la *Feuille officielle du commerce*, elle ne serait nullement opposable aux tiers et les associés seraient tenus des engagements sociaux dans la mesure fixée par l'art. 689, — c'est-à-dire subsidiairement, mais personnellement et solidairement sur tous leurs biens.

Lorsqu'une association a été fondée dans les termes de l'art. 688, les sociétaires n'assument aucune responsabilité individuelle et ne s'obligent que jusqu'à concurrence de leur apport, comme les actionnaires d'une société anonyme. Si les statuts prévoient une exonération de la responsabilité personnelle, et que la clause qui la renferme n'ait pas été publiée, l'art. 689 redevient applicable ; si cette clause n'est publiée qu'après la date à laquelle l'association a commencé de faire des opérations, elle n'est opposable aux tiers que dès l'instant de sa publication.

924. 3. *De l'action des créanciers personnels des sociétaires.* Il convient de se rappeler ici les règles contenues aux art. 569 et s. (cfr. aussi art. 607) et les explications fournies antérieurement. Selon l'art. 694 : *Les créanciers personnels de l'un des sociétaires n'ont, pour se faire payer ou pour obtenir des sûretés, aucune action sur les biens, créances ou droits appartenant à l'association. Ils ne peuvent procéder à une saisie ou à tel autre acte d'exécution que sur ce qui est dû au sociétaire pour dividendes et intérêts et sur la part qui lui revient dans l'actif en cas de liquidation.* Si la situation des créanciers personnels d'un membre de l'association est, en principe, soumise aux mêmes prescriptions que celle des créanciers particuliers d'un membre d'une société en nom collectif, les créanciers personnels n'ont pas, en matière d'association, la faculté que l'art. 574 leur reconnaît dans la société en nom collectif, de pouvoir provoquer la dissolution sous certaines conditions déterminées. Les créanciers sociaux sont naturellement payés avant les créanciers personnels sur l'avoir de l'association, et, dans l'éventualité de l'art. 689, ils peuvent concourir, pour le solde de leur réclamation non intégralement couverte dans la faillite sociale, avec les créanciers particuliers sur les biens des sociétaires.

CHAPITRE III

Des organes et pouvoirs de l'association.

925. Les organes et pouvoirs de l'association sont :

1° la *direction*, à laquelle on peut adjoindre, en vertu de l'art. 705, un *comité de surveillance* ou d'*administration ;*

2° l'*assemblée générale*.

SECTION PREMIÈRE

De la direction.

926. I. *Ses pouvoirs.* Pas plus qu'une autre espèce de société, l'association ne peut agir par elle-même ; elle manifestera sa volonté par l'organe de personnes désignées en nombre plus ou moins grand à cet effet, sans parler de l'assemblée générale qui joue ici le même rôle que dans la société anonyme. *Toute association*, dit l'art. 695, *doit avoir une direction qui la représente en justice et dans ses rapports avec les tiers. — La direction peut se composer d'une ou de plusieurs personnes, sociétaires ou non, rémunérées ou non*. Tandis qu'en droit allemand la direction ne peut être confiée qu'à des membres de l'association, notre loi permet de l'abandonner à des tiers non associés. Nous considérons comme regrettable la solution du Code fédéral ; nous ne voyons pas bien quels motifs ont pu décider le législateur à s'écarter du principe posé au début de l'art. 649. Il y a un intérêt majeur à ce que l'association, comme la société anonyme, ne puisse être administrée que par des sociétaires.

Quant à l'*étendue* des pouvoirs, il faut distinguer :

1° *A l'égard de l'association, les pouvoirs de la direction sont définis par les statuts et par les décisions de l'association. — Sauf disposition contraire, la direction est réputée avoir le droit de faire tous les actes que comporte le but de l'association*

(art. 699). Nous renvoyons pour les détails à l'art. 561, où nous avons indiqué les règles suivant lesquelles il y avait lieu de circonscrire le but social. La direction qui outrepasse ses pouvoirs peut (cfr. art. 700) obliger valablement l'association envers les tiers, mais elle est responsable de tout le préjudice résultant des abus de pouvoirs par elle commis.

2° Art. 700 : *A l'égard des tiers, la direction est réputée avoir le droit de faire, au nom de l'association, tous les actes juridiques ou autres qui rentrent dans le cercle de l'activité sociale* (ces derniers mots étant l'équivalent du « tous les actes que comporte le but de l'association » de l'art. 699, al. 2). — *Les restrictions apportées à ce droit ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi* (cfr. cependant art. 697, al. 2). Les principes sont les mêmes ici que dans la société en nom collectif, et nous pouvons de nouveau renvoyer au commentaire de l'art. 561. Une limitation de pouvoirs, qu'elle soit même prévue par les statuts, inscrite au registre du commerce et dûment publiée, n'est opposable qu'aux tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire à ceux qui l'ont connue ou dû connaître. Elle est, par contre, valable entre associés, conformément à l'art. 699.

927. Nous rangeons ici quelques prescriptions relatives à l'organisation de la direction :

Art. 696 : *Les membres de la direction doivent être inscrits sur le registre du commerce aussitôt après leur nomination. — Les membres autorisés à signer au nom de l'association doivent apposer leur signature en présence de l'autorité compétente* (le préposé au registre) *ou lui remettre cette signature dûment légalisée*. Cfr. art. 18, alin. 3, du Règlement du 6 Mai 1890, d'après lequel la signature des membres de la direction comprend, et leur propre signature personnelle, et la signature sociale[1].

Art. 697 : *La direction doit agir et signer pour l'association suivant les formes prescrites par les statuts. — Sauf disposition contraire des statuts, la signature de tous les membres de la direction ou de leurs représentants est nécessaire,* — pour engager l'association. La signature a lieu, comme le dispose l'art. 19 de la loi allemande, en ce que les signataires inscrivent leurs noms « à la suite du titre de l'association ou de l'indication du comité de direction ». La règle de l'art. 697, al. 2, est commune aux sociétés anonymes (cfr. art. 651), mais elle est contraire à celle adoptée pour les sociétés en nom collectif et en commandite (cfr. art. 560, 598).

Art. 698 : *L'association devient créancière ou débitrice par les*

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXII, 227.

actes faits en son nom par la direction (dans la mesure et de la manière fixées aux art. 697, al. 2, et 700); *peu importe que ces actes aient été faits expressément au nom de la société ou que l'intention d'agir pour elle ne ressorte que des circonstances.* Voir, pour les développements, l'art. 563.

928. II. *Ses obligations.* Il y a beaucoup d'analogie entre les obligations des administrateurs dans la société anonyme et celles des directeurs dans l'association ; en particulier, la responsabilité de ces derniers, à raison de fautes ou négligences dans l'accomplissement de leur mandat, existe aussi bien envers les tiers qu'envers l'association elle-même. Passons maintenant aux dispositions spéciales sur la matière.

L'art. 701 porte que : *La direction est responsable de la tenue régulière tant des livres* (cfr. art. 712, al. 2) *que des procès-verbaux constatant les décisions prises par les divers pouvoirs de l'association.* Les livres devront être tenus en conformité des art. 877 et s. (cfr. art. 655). D'autre part, l'art. 703 ajoute : *Si l'association a un but lucratif, la direction est tenue de publier les comptes et le bilan de chaque exercice annuel au plus tard dans les six mois qui suivent la clôture de cet exercice* (cfr. art. 680, chif. 7, 655, al. 1, et 644, al. 2). Il y a un grand intérêt pour les créanciers sociaux et les membres qui ne sont pas des directeurs de l'association, dans la publication du bilan et des comptes annuels ; car c'est là une de leurs seules garanties effectives, puisque l'assemblée générale ne se réunit pas obligatoirement toutes les années et n'a pas *de lege* les compétences qui sont conférées à l'assemblée générale de la société anonyme par l'art. 644, al. 2. Mais convenait-il d'astreindre toutes les associations aux formalités de l'art. 703 ? Oui, disait la Commission du Conseil national. Une solution moins rigoureuse a prévalu en ce sens que la publication du bilan et des comptes annuels ne fut imposée qu'aux associations poursuivant un but *lucratif*, c'est-à-dire la répartition de bénéfices entre leurs membres. Comment la publicité se fera-t-elle ? La loi n'en parle pas. On a dit que la forme serait la même que pour la communication du bilan aux actionnaires. Nous ne saurions l'admettre ; il s'agit, en effet, dans l'espèce, non d'une communication (du mot allemand : *vorlegen*), mais d'une publication (de : *veröffentlichen*), et le seul mode de « publication » que connaisse notre Code semble être celui de la Feuille officielle du commerce (cfr. art. 712, al. 1).

929. Dans l'hypothèse de l'art. 689, l'art. 702 prescrit : *Lorsque les sociétaires sont personnellement tenus des dettes de l'association, la direction doit remettre au fonctionnaire préposé au registre un état de tous les membres et lui notifier, au plus*

tard dans les trois mois, chaque sortie ou nouvelle admission (cfr. art. 683 à 686). *Toute personne peut prendre connaissance de l'état des sociétaires transcrit sur le registre du commerce. — D'autre part, tout sociétaire sortant ou exclu et les héritiers d'un sociétaire décédé ont le droit, sans recourir à la direction, de faire inscrire sur le registre la sortie, l'exclusion ou le décès. — Mais le fonctionnaire préposé au registre doit porter immédiatement le fait à la connaissance de la direction.* La mesure d'ordre établie par cet article l'est aussi bien dans l'intérêt de l'associé sortant ou exclu que des tiers. On se souvient que, d'après l'art. 691, la prescription des actions contre les sociétaires sortants ou exclus, à raison des engagements contractés avant la sortie ou l'exclusion, commence à courir dès l' « inscription » de l'un ou de l'autre de ces faits au registre du commerce. En outre, par cet état des membres, les tiers peuvent se faire une idée des garanties que présente l'association. Si la direction retarde — sans excuse valable, — au delà du terme légal de trois mois, l'accomplissement de la formalité réglée par l'art. 702, elle encourt une responsabilité envers les tiers auxquels ce retard ou cette omission a causé du dommage. En revanche, les associés sortants ou exclus, ou les héritiers d'un associé décédé, ne s'exposent à aucune responsabilité en ne procédant pas selon l'art. 702, al. 2; ils seront tenus plus longtemps, dans le sens de l'art. 691.

L'art. 24 du Règlement du 6 Mai 1890 sur le registre du commerce, ajoute encore ceci : « Le *catalogue* des membres d'une *association*, prévu à l'art. 702 du Code fédéral des obligations, est tenu sous la forme d'un *cahier ad hoc*. Ce catalogue indique, conformément aux listes fournies par la direction de l'association, les noms, année de naissance, profession, origine et domicile des sociétaires, en se référant aux listes ou autres déclarations (art. 702, al. 2, C. O.) qui ont motivé l'inscription ou la radiation. Ces inscriptions ne sont mentionnées ni dans le journal, ni dans le livre analytique (voir ad art. 859 et s.) : elles ne sont pas non plus publiées ».

Enfin, l'art. 704 dit : *Lorsqu'il est établi que l'actif de l'association ne couvre plus les dettes*[1], *la direction ou les liquidateurs sont tenus de suspendre immédiatement les paiements et d'en aviser le juge compétent, à l'effet de faire prononcer la faillite* (al. 1). La question de savoir si les dettes sont plus élevées que l'avoir social se décide d'après la valeur commerciale et non d'après la valeur de liquidation de l'entreprise, soit d'après la valeur actuelle et réelle au moment où l'art. 704, al. 1, peut devenir applicable. *Toutefois, sur la demande des créanciers ou d'un curateur*

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XL, 612, arrêt du T. F., du 18 Juin 1904 (cette notion n'est pas identique à celle de l'insolvabilité) : cfr. *A. T. F.* XXX², 311 et s.

nommé pour pourvoir à leurs intérêts (cfr. art. 657, al. 3), *le juge a le droit d'ajourner la déclaration de la faillite et de prendre provisoirement d'autres mesures en vue de la conservation de l'actif* (al. 2). L'inobservation de l'art. 704, alin. 1, n'a point pour effet de constituer l'administration débitrice du passif social, mais uniquement de lui faire supporter, aux termes de l'art. 714, le déficit résultant d'une exploitation ruineuse illégalement continuée. Et la responsabilité n'existe que si c'est par suite d'une faute que les administrateurs ne se sont pas rendu compte du fait que le passif était supérieur à l'actif[1].

930. III. *Sa responsabilité.* Elle est réglée par les art. 714 et 715 dont nous traiterons à la fin du chapitre suivant.

931. IV. *Des comités de surveillance et d'administration.* Ces deux comités sont des organes facultatifs de l'association. Ils seront institués soit par les statuts, soit, si le besoin ne s'en faisait sentir que plus tard, par une décision ultérieure de l'assemblée générale. Leur *responsabilité,* dont l'étendue dépend de la plus ou moins grande somme de pouvoirs à eux attribuée et du plus ou moins de diligence qu'ils ont apportée à remplir leurs fonctions, leur responsabilité, disons-nous, est réglée par l'art. 715.

Le *comité de surveillance* aura sans doute pour mission de contrôler la direction, dans la mesure fixée par l'art. 676, chif. 5. Le *comité d'administration* sera simplement adjoint à la direction pour des cas donnés, pour prendre, par exemple, toutes décisions sur des affaires importantes. La loi prévoit aussi la nomination d'*experts,* qui ne sont pas des organes de l'association, mais des mandataires ordinaires investis de pouvoirs limités.

Voici d'ailleurs le texte de l'art. 705 : *L'association peut adjoindre à la direction un comité, soit pour surveiller la gestion (comité de surveillance), soit pour prendre part à certains actes importants (comité d'administration) ; elle peut aussi charger un ou plusieurs experts du contrôle de la gestion. — Les membres de la direction et des comités, ainsi que les fondés de pouvoirs de l'association n'ont pas voix délibérative lors de l'examen des affaires dont la direction ou la surveillance leur a été confiée* (cfr. art. 655). L'adjonction de ces comités n'a aucun effet sur le droit illimité de représentation conféré à la direction par l'art. 700, dans les rapports de l'association avec les tiers. Notons encore que les deux comités de l'art. 705 peuvent exister simultanément dans la même association.

[1] *Sem. jud.* 1901, 90; cfr. l'arrêt précité du T. F.

SECTION DEUXIÈME

De l'assemblée générale.

932. Le rôle de l'assemblée générale, dans l'association, est plus restreint que dans la société anonyme. Il n'y a, entre autres, pas de réunion annuelle obligatoire, où les comptes doivent être présentés, les dividendes éventuels fixés, etc. D'après l'art. 706 : *L'assemblée générale des sociétaires est convoquée par la direction ou par tout autre pouvoir social auquel les statuts confèrent ce droit (comité de surveillance, etc.). — L'assemblée générale doit être convoquée lorsque la demande en est faite par le dixième au moins des sociétaires, ou si le nombre des membres de l'association est inférieur à trente, par trois d'entre eux au moins.* MM. Haberstich et Schneider et Fick admettent que « la disposition des statuts qui exigerait un nombre de sociétaires plus grand (qu'un dixième ou trois sur moins de trente) serait nulle chez nous », mais qu'on « peut fixer un nombre inférieur ». Cette opinion est en soi des plus rationnelle ; nous croyons aussi que le législateur a entendu l'exprimer ; on avouera cependant qu'il s'y est pris d'une singulière façon en parlant d'un dixième « au moins », de trois « au moins », ce qui indiquerait qu'il est parfaitement licite non de diminuer ces chiffres mais de les augmenter, d'exiger un sixième, par exemple, ou cinq membres dans l'hypothèse de l'art. 706 *in fine*.

Sauf disposition contraire des statuts, chaque sociétaire a une voix dans l'assemblée générale, et les décisions sont prises à la majorité absolue des votants (art. 707). C'est le principe de la proportionnalité des voix eu égard à l'importance de l'intérêt qui a, au contraire, été consacré par l'art. 640 dans les sociétés anonymes. Au surplus, c'est la majorité des *voix*, non des actions ou des intérêts, qui est décisive dans l'association, toujours en contradiction avec ce qui existe dans les sociétés des art. 612 et suiv. Il paraît même résulter de l'art. 707, que des sociétaires peuvent être privés par les statuts du droit de voter dans l'assemblée générale, lorsqu'ils n'auront pas droit à une part plus ou moins élevée dans l'avoir social ou qu'ils n'auront pas fait un apport dépassant un minimum déterminé. Ceci est regrettable, selon nous.

933. *L'assemblée générale*, ajoute l'art. 708, *peut, en tout temps, révoquer les membres de la direction et du comité de surveillance* (ou d'administration, aussi), *à moins que les statuts ne contiennent des dispositions spéciales sur la révocation ou ne l'interdisent complètement, sans préjudice de dommages*

et intérêts, s'il y a lieu (al. 1). En conséquence, l'assemblée générale est, sur ce point, beaucoup moins libre dans l'association que dans la société anonyme (cfr. art. 647), puisque les statuts peuvent restreindre ou même absolument lui enlever son droit de révocation. Toutefois le 2me al. de l'art. 708 dispose : *Dans tous les cas, et même si les statuts interdisent la révocation, le juge peut, sur la demande d'un ou de plusieurs sociétaires, prononcer la révocation des membres de la direction qui manquent aux devoirs de leur charge ou qui sont hors d'état de les remplir, ordonner au pouvoir compétent de l'association de procéder à une nouvelle élection, et prendre les mesures nécessaires pour les remplacer provisoirement.* Tandis que le 1er al. de l'art. 708 s'applique à la direction et aux comités adjoints, le 2me al. n'a et ne peut avoir trait qu'à la direction. Cfr. au surplus les art. 696 et 861, ainsi que 710, chif. 2.

CHAPITRE IV

De la dissolution et de la liquidation.

934. I. *De la dissolution*. D'après l'art. 709, *l'association est dissoute :*

1° *en vertu d'une décision du pouvoir social qui, d'après les statuts, est compétent à cet effet (assemblée générale, comité de surveillance, etc.)* ; cfr. art. 680, chif. 6, et 695 et s. Si un temps a été fixé dans les statuts pour la durée de la société et qu'une dissolution intervienne antérieurement à l'expiration de ce temps par suite d'une décision du pouvoir social compétent, il y a lieu d'appliquer l'art. 682, puisqu'une modification des statuts s'est produite. Comme on le voit, le droit de prononcer la dissolution peut être dévolu à un organe quelconque de l'association (cfr. art. 664, chif. 2) ;

2° *à l'expiration du temps fixé par les statuts, si l'association n'est pas expressément prorogée ou ne continue pas de fait à subsister*. L'association sera également dissoute de fait, quand le but de l'entreprise se trouvera atteint, parce qu'alors le temps fixé pour sa durée expire avec la consommation du but social ;

3° *par la mise en faillite de l'association* (cfr. art. 704, 711 C. O., et art. 192 L. P.).

Les statuts peuvent encore prévoir d'autres causes de dissolution, — comme la réduction du nombre des sociétaires, la volonté unanime des associés, etc.

935. D'autre part, l'art. 710 dispose : *Une association peut, en outre, être déclarée dissoute par un jugement, sur la demande d'un sociétaire, d'un créancier ou de l'autorité compétente (zuständige öffentliche Amtsstelle) :*

1° *lorsque le but de l'association ou les moyens qu'elle emploie sont contraires aux lois et aux bonnes mœurs.* On a prétendu que la dissolution ne peut donner lieu à une action en indemnité. Nous croyons que. dans l'hypothèse du chif. 1 de l'art. 710, et lorsque les membres de l'association ont su que leur but était contraire aux lois ou aux bonnes mœurs et les plaçait ainsi sous la menace constante d'une demande de dissolution, ils pourront être recherchés à raison du préjudice causé à des tiers du chef d'une dissolution nécessitée par leur faute. Dans tous les autres cas, il ne pourra être question d'une action en responsabilité pour cause de dissolution anticipée ;

2° *lorsque la constitution régulière de la direction ou des autres pouvoirs sociaux imposés par les statuts est devenue impossible à raison du nombre insuffisant des membres de l'association ou pour toute autre cause.* Mais la réduction même des membres dans le sens de l'art. 710, chif. 2, n'a pas pour conséquence légale la dissolution ; il faut que celle-ci soit demandée, pour pouvoir être déclarée par l'autorité judiciaire.

936. La loi veut que la dissolution soit rendue *publique*. Aussi l'art. 711 prescrit-il : *Le juge qui prononce la faillite doit en aviser d'office le fonctionnaire préposé au registre du commerce, afin que la dissolution de l'association soit mentionnée sur le dit registre. — Lorsque l'association est dissoute autrement que par sa mise en faillite, la dissolution est inscrite sur le registre du commerce sur la déclaration de la direction et, s'il n'y a plus de direction, sur celle du juge. Les pouvoirs compétents de l'association (assemblée générale, comité de surveillance, etc.) ou, à leur défaut, le juge, doivent en même temps procéder à la nomination des liquidateurs.* Il résulte de la fin de cet article que les membres de la direction ne sont pas de droit les liquidateurs de l'association (cfr. art. 580 et 666), et que, s'ils n'ont pas été désignés à cet effet par les statuts, le pouvoir compétent de l'association ou le juge est libre de confier la liquidation aux personnes qu'il trouvera convenable d'investir de ce mandat.

937. II. *De la liquidation.* Nous venons de voir comment et par qui sont déférées les fonctions de liquidateurs. *Si*, dit l'art.

712, *les liquidateurs ne sont pas dans le cas de faire prononcer la faillite par application de l'article 704, ils doivent inviter les créanciers, par la voie de la Feuille officielle du commerce, à produire leurs créances. — Les créanciers dont les noms sont connus par les livres de l'association ou autrement, doivent, en outre, y être invités par communications spéciales (lettres recommandées).* Il n'est pas nécessaire de faire trois insertions, comme dans l'espèce prévue à l'art. 667. Pour le surplus, nous renvoyons aux explications données à propos de ce dernier article ; et nous transcrivons l'art. 713 : *Après paiement des dettes, l'actif net de l'association est réparti par tête entre les sociétaires qui font partie de l'association au moment de la dissolution, ou qui en sont sortis pendant la dernière année* (à compter de la dissolution, non de l'inscription de celle-ci), *à moins toutefois que les statuts ou des règlements constitutifs spéciaux n'en disposent autrement. — Cette répartition ne peut avoir lieu que* SIX MOIS *après le jour où la sommation faite aux créanciers a été publiée par la Feuille officielle du commerce* (al. 1 et 2), — et même à partir de la dernière publication si, sans que la loi l'exige d'ailleurs, il en a été fait plus d'une (arg. anal. art. 687).

938. Les al. 3 et 4 ajoutent : *Toutes les sommes encaissées dans l'intervalle par les liquidateurs doivent être déposées dans une caisse publique du canton* (à fixer par le droit cantonal). — *Lorsque les créanciers connus des liquidateurs ne produisent pas leurs créances avant la répartition, la part de l'actif leur revenant doit être mise en réserve pendant* TROIS ANS, — à compter sans doute, non de la fin du terme de six mois prévu à l'art. 713, al. 2, mais du jour où la répartition est consommée. Jusqu'à la répartition, au reste, les créanciers mêmes qui n'auraient pas produit auparavant peuvent poursuivre le recouvrement de ce qui leur est dû sur l'actif social non partagé, et, au besoin, provoquer la faillite de l'association. Il ne faut pas oublier, au demeurant, qu'en vertu de l'art. 692, l'obligation personnelle des associés cesse lorsque la faillite de l'association n'est pas déclarée dans les *deux ans* qui suivent l'inscription de la dissolution au registre du commerce (cfr. en outre art. 691 et 693). Quant aux *créanciers inconnus*, ou aux *créanciers connus qui n'ont pas réclamé dans les trois ans*, ils perdent tout recours contre l'association, sous réserve de la responsabilité personnelle des associés, si elle existait encore en vertu des art. 692 et 693.

939. III. *De la responsabilité des pouvoirs de l'association et des liquidateurs.* L'association est une personne juridique (cfr. art. 678). Elle répond naturellement à l'égard des tiers de ceux qui la représentent, dans le sens des art. 62, 113 et 115. En dehors de

la responsabilité de l'association comme telle, la loi connaît celle des organes de l'association en ces termes :

Art. 714 : *Les membres de la direction et les liquidateurs sont personnellement et solidairement responsables envers les sociétaires et envers les créanciers de l'association de tout dommage qui pourrait résulter de la violation des articles 704, 712 et 713*[1]. Il semblerait que la responsabilité fût restreinte aux contraventions aux art. 704, 712 et 713, mais directeurs et liquidateurs sont, à teneur des art. 50 et s. et 113 et s., responsables, le cas échéant, dans une plus large mesure, suivant les principes généraux consacrés par les dits textes, à raison de leurs fautes aquiliennes ou contractuelles. C'est d'ailleurs ce que statue la loi elle-même dans son art. 715 : *La responsabilité des membres de l'administration, du comité de surveillance* (ou d'administration) *et de l'association elle-même est réglée par les articles 62, 113 et 115*[2]. Aux termes des art. 62 et 113, l'association répond des fautes commises par ses organes. Mais les associés ne peuvent faire valoir dans la masse en faillite de l'association une créance fondée sur le dol de la direction[3].

---

[1] *A. T. F.* XXVII², 88 et s. (la masse en faillite de l'association n'a pas qualité pour actionner, à teneur de l'art. 714, en cas d'inobservation de l'art 704 ; mais elle peut agir en conformité de l'art. 715).

[2] *A. T. F.* XXV², 583 et s.

[3] *Zeitsch. des bern. J. V.* XLI, 73, article précité de M. W. Burkhardt.

TITRE VINGT-HUITIÈME

DES AUTRES SOCIÉTÉS (VEREINE)[1]

---

940. Le législateur n'a, dans ce domaine, pas édicté de règles absolues, ou du moins il n'en a établi que fort peu. Les *autres sociétés,* que l'on désigne en allemand sous la dénomination générale de *Vereine,* qui n'a pas d'équivalent en français, — les « autres sociétés » peuvent s'organiser très librement. Elles devraient, semble-t-il, se distinguer essentiellement des autres espèces de sociétés, en ce qu'elles ne poursuivraient pas de but économique, car leur organisation légale est trop rudimentaire pour qu'on leur permette de jouer le même rôle, remplir la même tâche, que les sociétés anonymes, par exemple, ou les associations (cfr. art. 678; voir toutefois art. 717). Si elles poursuivaient un but semblable, il y aurait lieu de les assimiler ou à des associations, dans l'éventualité où elles seraient inscrites au registre, ou à des sociétés simples (art. 524 et s.) dans le cas contraire. Il est vrai qu'on inscrit couramment comme *Vereine* des sociétés ayant un but économique, des Caisses d'épargne, des sociétés d'assurance contre les pertes de bétail, etc. N'y a-t-il pas là un abus ? Non, d'après le Tribunal fédéral[2]. Ainsi que le reconnaît un arrêt du 3 Mai 1901, toutes les réunions de personnes relevant du droit privé et organisées corporativement peuvent acquérir la personnalité civile en se faisant inscrire au registre du commerce; en ce qui concerne celles qui poursuivent un but économique, cette inscription est indispensable pour leur personnalisation, tandis que les sociétés ayant un but intellectuel ou mo-

[1] *Haberstich,* II, 635 et s.; *Jacottet,* 394 et s.; *Schneider et Fick,* 888 et s.; *Hafner,* 443 et s.; *Vogt,* l. c. 275; *Lefort,* l. c. 167; *Kirchhofer,* l. c. 21; *R. j.* II, nos 16 et s. (article de M. van Muyden); *R. j. f.* III, 104 (sur la responsabilité des sociétaires; voir note ad art. 717), IV, 202; *Burkhardt, l. c.*; *Heussler,* l. c.; *Zeitsch. für schw. R.* IX, 9 et s. (article de M. Affolter); *Motifs,* 67 et s.; Projet de Code civil suisse (1904), art. 70 et s.

[2] *A. T. F.* XXVII², 176 et s.

ral peuvent être envisagées comme des personnes juridiques, même en l'absence d'une inscription, si le droit cantonal leur reconnaît cette qualité. Les art. 716 et suiv. ne distingueraient dès lors qu'entre ces deux catégories, qui peuvent constituer des *Vereine* les unes et les autres, mais qui se personnalisent diversement, selon la nature de leur but. Au reste, la seule circonstance que le but d'un groupement de personnes consiste dans la poursuite d'intérêts économiques communs — entre sociétaires ou à l'égard des tiers, — est suffisante pour entraîner l'obligation de l'inscrire, quelle que soit, en fait, l'importance de l'activité économique de la société ; ce serait le cas d'une société de secours, dans laquelle les secours sont accordés aux membres comme la contre-valeur des cotisations fournies par ceux-ci pour alimenter la caisse sociale. En revanche, une société dont le but est essentiellement intellectuel ou moral ne change point de caractère, parce qu'elle posséderait une fortune ou accomplirait des actes d'une portée économique. Nous pourrions souscrire à ces idées, si, sur la formalité de l'inscription, se greffait toute une législation protectrice du crédit public ainsi que des sociétaires eux-mêmes, — législation qu'on chercherait vainement dans le titre XXVIII du C. O. Mais il faut avouer que la théorie du Tribunal fédéral a pour elle le texte des art. 716 et suiv., quelque danger qu'il y ait à autoriser la personnalisation de sociétés économiques sous un régime aussi embryonnaire que celui des dispositions légales précitées. Dans les « autres sociétés », il n'existe pas de minimum légal pour le chiffre des membres ; aucune mesure de publicité pour le bilan n'est prescrite ; tout est abandonné aux intéressés.

941. *Les sociétés*, porte l'art. 716, *qui ont un but scientifique, artistique ou religieux, de bienfaisance ou de récréation ou tout autre but intellectuel ou moral, peuvent, en se faisant inscrire sur le registre du commerce, acquérir la personnalité civile, même dans le cas où elles n'auraient pas eu jusqu'à présent cette faculté d'après la législation cantonale* (al. 1). Les sociétés en question sont fort nombreuses dans notre pays : sociétés littéraires, sociétés d'histoire, d'archéologie, sociétés de médecins, ou de juristes, ou de théologiens, ou d'artistes, sociétés de chant, de musique, de gymnastique, de tir, clubs, cercles, etc., etc. Ces sociétés jouent un rôle si considérable dans notre vie publique, elles se développent si rapidement, que leur situation légale a dû préoccuper le législateur (voir n° 940). Pour être au bénéfice des dispositions de l'art. 716, il faut donc qu'une société ait, à titre principal, l'un des buts y spécifiés, et encore qu'elle ne tombe pas sous l'application des deux articles suivants du C. féd. des obl. :

1° Art. 718 : *Il n'est pas dérogé aux dispositions qui restreignent ou interdisent certaines espèces d'associations, en vertu des principes du droit public fédéral ou cantonal.* Il s'agit, entre

autres, de l'ordre des jésuites et de ses affiliés, de la défense de fonder de nouveaux couvents (Const. féd. de 1874, art. 51), ainsi que des corporations religieuses soumises à des autorisations spéciales par les lois des cantons.

2° Art. 719[1] : *Le droit cantonal règle ce qui concerne la création et la situation des corporations de droit public, des fondations et autres personnes morales (sociétés d'almends, etc.).* Les « corporations de droit public », comme l'Etat, les communes, les paroisses, sont soumises à la Constitution fédérale ou cantonale et aux lois constitutionnelles. Les « fondations et autres personnes morales », couvents, hôpitaux, universités, etc., demeurent régies par le droit des cantons.

942. Les *Vereine* qui ne *sont pas inscrits* au registre du commerce ou qui *ne possèdent pas la personnalité civile en vertu du droit cantonal*, n'ont pas d'existence légale, comme tels, ensorte qu'ils ne peuvent, toujours comme tels, ni acquérir, ni s'obliger, ni plaider. *Les sociétés,* dit l'art. 717, *qui, ayant un but économique ou financier, ne se sont pas fait inscrire sur le registre du commerce, et celles qui, ayant un but intellectuel ou moral, ne sont pas reconnues par le droit cantonal comme personnes morales, ni inscrites sur le registre du commerce, ne jouissent pas de la personnalité civile. — Les actes faits avec des tiers au nom de ces sociétés, obligent personnellement et solidairement ceux qui les ont faits, sauf leur recours contre les autres membres de la société*[2]. Cet article s'applique aussi aux actes faits par des sociétés de cette nature avant l'inscription. En conséquence, dans les *Vereine* qui n'ont pas la personnalité civile, les actes accomplis en leur nom n'obligent, à l'égard des tiers, et cela individuellement et *solidairement*, que les auteurs de ces actes, alors même que ces personnes constitueraient le Comité ou le Bureau de la société. Mais celles-ci ont un recours contre chacun des membres de la société, pour leurs parts et portions, en tant du moins qu'elles ont agi dans les limites de leur compétence réglementaire. Et quand bien même la société viendrait à s'inscrire plus tard, les personnes susmentionnées demeureraient liées envers les tiers, à moins que ces derniers ne les déchargeassent, expressément ou tacitement, des obligations antérieurement contractées par elles. Cet art. 717 laisse bien des questions délicates dans l'ombre. Qu'arrivera-t-il, par exemple, lorsque l'assemblée générale prendra, au scrutin se-

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVII, 393 (une *fondation* ne peut être inscrite au registre du commerce).

[2] *R. j. f.* III, 101 (ne sont responsables, dans le sens de l'art. 717, al. 2, que ceux qui ont pris directement part aux actes constituant des engagements) : cfr. *A. T. F.* XXX[2], 280, 281.

cret, une décision parfaitement correcte au point de vue de la forme, mais qui lésera indûment des tiers ou des sociétaires ? Cette décision est enregistrée et communiquée, le cas échéant, par le Comité qui en a été chargé. Pourra-t-on en demander l'annulation contre le comité ? Il est possible qu'il n'ait pas concouru personnellement à l'acte attaqué et qu'il l'ait déconseillé même. Pourra-t-on lui intenter une action en dommages et intérêts ? La décision n'est pas son œuvre et l'art. 717, alin. 2, ne rend responsables que les auteurs d'actes accomplis au nom de la société. Or l'acte, en l'espèce, c'est la décision, et non pas son enregistrement ou sa communication. Serait-on en droit de considérer la décision comme non avenue et le Comité n'échapperait-il à une responsabilité qu'en refusant de l'exécuter ? Appliquera-t-on l'art. 60 C. O. ? Mais comment ? Les lacunes de la loi créent, dans ce domaine, nombre d'insurmontables difficultés [1].

943. Ces points sommairement élucidés, nous reprenons l'art. 716. Les *Vereine* qui se *sont fait inscrire* ou auxquels *le droit cantonal confère la personnalité civile* forment de véritables sociétés, distinctes de la personne même des associés. Voyons d'abord quel est le mode d'inscription et de publication de ces sociétés. D'après l'art. 716, al. 2 : *L'inscription et la publication dans la Feuille officielle du commerce doivent dans ce cas contenir des indications précises sur le nom, le siège, le but et l'organisation de l'association, et mentionner notamment de quelle manière elle est dirigée et représentée.* Par qui ces formalités seront-elles remplies ? La loi est muette à cet égard. Sans doute par le comité ou la direction, mais seulement après que l'organe compétent de la société aura été autorisé à faire l'inscription par une décision de l'assemblée générale. La demande d'inscription devra mentionner en particulier : la dénomination et le siège de la société, le but social, la date des statuts, les conditions posées pour l'admission, la sortie et l'exclusion des membres, la constitution des pouvoirs de la société, les formes à suivre pour les publications émanées de la société, la manière dont la société est représentée vis-à-vis des tiers, et, s'il y a lieu (car les associés ne sont personnellement responsables des engagements sociaux que si les statuts le prévoient), l'existence de toute clause mettant une part de responsabilité à la charge des sociétaires. A la demande d'inscription seront joints : une copie des statuts, un extrait du procès-verbal constatant que l'assemblée générale a décidé l'inscription et un extrait du procès-verbal relatif à la nomination du Comité. Le défaut d'inscription rendrait le pou-

[1] *R. jud.* 1897, 215 (président et secrétaire du comité déclarés responsables du dommage causé par suite de la notification d'une décision prononçant arbitrairement l'exclusion de sociétaires !).

voir social compétent passible de tous dommages et intérêts et l'exposerait à être tenu personnellement et solidairement (cfr. art. 717, al. 2) de tous les actes accomplis par lui jusqu'à l'inscription, sauf recours contre les sociétaires individuellement.

944. La personnalité civile, dans le cas de l'art. 716, est, suivant M. Heussler, une notion identique à celle de capacité civile et n'emporte pas en soi l'assimilation entre un *Verein* inscrit et une personne morale ; elle confère à la société les *droits* suivants : 1° de s'engager en son propre nom, comme telle ; 2° de plaider ; 3° d'acquérir. Cette circonstance que la société inscrite peut devenir propriétaire est un stimulant pour elle à se mettre au bénéfice de l'inscription, car elle obtiendra elle-même la propriété de ses collections, elle sera elle-même locataire des immeubles qu'elle occupe, etc. Une société inscrite peut-elle *hériter ?* Certainement, en thèse générale, les successions étant un mode d'acquisition de la propriété ; mais la capacité de recevoir entre vifs est encore du domaine de la législation cantonale, qui peut restreindre ou même supprimer cette capacité au détriment des *Vereine* (voir, en outre, page 774, note 1).

Les obligations qui découlent du fait de l'inscription sont :

1° les mesures de publicité ordonnées par l'art. 716, al. 2 ;

2° la soumission aux règles spéciales en matière de change (cfr. art. 720) et à la poursuite par voie de faillite (cfr. art. 39, chif. 9, L. P.) ;

3° une destination plus ou moins déterminée de l'actif, après la dissolution de la société. L'art. 716, al. 3, s'exprime comme suit à ce sujet : *Sauf disposition contraire dans les statuts ou autres règlements constitutifs, l'assemblée générale peut, lors de la dissolution de ces sociétés, décider à la majorité que l'actif ne sera pas partagé entre les sociétaires, mais qu'il sera remis à un établissement public reconnu du canton ou de la Confédération poursuivant le même but ou un but analogue.* La société est donc complètement libre de régler dans ses statuts la dévolution de l'actif de la société dissoute. Si elle n'en a rien fait, la majorité de l'assemblée générale est souveraine pour se prononcer sur cet objet ; elle *peut* (elle ne doit pas) notamment procéder en conformité de ce que prescrit l'art. 716, al. 3 *in fine ;*

4° la possibilité d'une dissolution par l'autorité judiciaire. *Lorsque,* dit l'art. 716, al. 4, *la dissolution est prononcée par jugement, à raison du caractère illicite ou immoral du but de la société ou des moyens dont elle se sert* (cfr. art. 17, 710, chif. 1 ; voir aussi art. 35, 56 de la Const. féd. de 1874), *le juge a le droit de déterminer ainsi qu'il vient d'être dit* (cfr. art. 716, al. 3 *in fine*) *l'emploi de l'actif, si les statuts n'en disposent pas autrement ;*

il est tenu de le faire lorsque la société poursuit un but d'intérêt public (c'est-à-dire général, non limité à ses membres).

945. Les *Vereine* peuvent-ils être soumis à l'*impôt ?* Le droit cantonal en décidera ; nous ne voyons d'ailleurs pas pourquoi ils jouiraient d'une immunité fiscale.

945 *bis*. Le projet de Code civil suisse a transporté dans le droit des personnes (art. 70 à 89) toute la matière des *Vereine* qui ne poursuivent ni directement, ni indirectement, un but économique ; ceux qui n'ont pas acquis la personnalité civile, en se constituant sur la base de statuts écrits suffisants, sont assimilés aux sociétés simples.

TITRE VINGT-NEUVIÈME

DE LA LETTRE DE CHANGE[1]

---

946. Le titre vingt-neuvième et quelques-uns des suivants sont consacrés à ces instruments de crédit par excellence que sont les effets de commerce ; aucun de ceux-ci ne joue, dans notre vie économique, un rôle comparable à celui de la lettre de change.

S'il est certain que la lettre de change *(cambium, litteræ cambiales)* ne remonte pas à une très haute antiquité, le contrat de change est aussi vieux que le commerce. Lenormand, dans son grand ouvrage sur *La Monnaie dans l'antiquité*, a prouvé qu'à Babylone on avait déjà, sous le nom de « sipartû », une sorte d'assignation conçue en ces termes : « A telle date, je paierai à X. la somme de… » On sait que les Phéniciens et les Grecs avaient d'importants établissements de banque, qui sans doute faisaient des opérations analogues à celles du change ; car, à cette époque plus même qu'aujourd'hui, on aura éprouvé le besoin d'éviter les risques et les frais d'envois d'argent sur une place éloignée et l'on doit avoir imaginé un moyen quelconque de les prévenir.

La lettre de change est inconnue des Romains ; le contrat de change, non pas. Nous voyons, en consultant leurs usages commerciaux, qu'ils comptaient souvent à une personne une somme dans un lieu, pour qu'elle garantît la délivrance de pareil montant à une autre personne, dans un autre lieu. Dans ses lettres à Atticus, Cicéron prie ce dernier de lui trouver quelqu'un qui se chargerait de faire passer de l'argent à son fils, étudiant à Athènes. Historiquement, c'est le prêt qui a dû être à l'origine de l'opération de change. Le tireur emprunte au preneur, avec engagement de rembourser sur une autre place.

[1] *Haberstich*, II, 650 et s.; *Jacottet*, 398 et s.; *Schneider et Fick*, 894 et s.; *Hafner*, 416 et s.; *Munzinger*, Motifs, 342 et s.; *Mess.*, 70 et s.; *Rap. com. Cons. nat.*, 31 et s.; *Rap. com. Cons. des Etats*, 25 et s.; *Rap. Soc. ind. et com. du canton de Vaud*, 132 et s.: *J. d. T.* XXX, 289; *Zeitsch. für schw. R.*, I, n. s., 51 et s., VII, 301 et s.; *H. Staub:* Kommentar zur allg. d. Wechselordnung, in-8°, Berlin, 1896; *Thaller*, l. c., 655 et s.: *Verhandlungen des schw. Juristenvereins*, 1904 (rapport et co-rapports de MM. Wieland, Berta et Béguelin).

Il est incontestable que la lettre de change elle-même date du moyen âge. Mais il est impossible d'indiquer avec quelque certitude le peuple qui l'a inventée. On a prétendu qu'elle était l'œuvre des Juifs qui, chassés de France sous Dagobert, et s'étant réfugiés en Lombardie, envoyaient à leurs amis et correspondants des lettres en style d'affaires pour réclamer l'argent qu'ils avaient laissé derrière eux. Suivant quelques historiens, le mérite de la découverte revient aux Florentins qui, expulsés de leur patrie par les Guelfes, étaient allés s'établir à Lyon et dans d'autres villes, et s'y prenaient de la même manière que les Juifs pour rentrer en possession de leur fortune. Ces faits sont peu prouvés. Aussi admet-on généralement qu'il faut rechercher l'origine de la lettre de change dans les progrès du négoce et l'extension des relations commerciales, sans qu'il existe rien de parfaitement établi quant à l'auteur ni quant à la date de cette invention. Elle prit vraisemblablement naissance à l'occasion des grandes foires de France et d'Italie au moyen âge, car les routes étant alors difficiles et dangereuses, les frais et les risques des transports d'argent devaient être diminués à tout prix, d'autant que le numéraire d'alors n'était pas commode à manier et que la monnaie fiduciaire était inconnue.

La lettre de change ne reçut toutefois un développement considérable qu'au XVIIme siècle, lorsque l'admission de la clause à ordre en rendit la transmission possible au moyen de l'*endossement*, c'est-à-dire d'une simple mention de transfert faite au dos du titre.

Le Code de commerce français a, le premier, soumis à des normes claires et pratiques, toute la matière de la lettre de change. Les autres législations ont suivi, en apportant de nombreuses améliorations au système, fort ingénieux et fort complet cependant, du Code de 1807.

946 *bis.* Notre loi s'est inspirée de la *Deutsche Wechselordnung* de 1871. Elle a puisé également dans les travaux suisses d'unification du droit de change, commencés en 1853 et qui aboutirent au projet de Concordat de 1856. Au moment de signer ce Concordat, les cantons qui y avaient adhéré ne purent se résoudre à lui donner force exécutoire; il fut néanmoins introduit, comme droit de change cantonal, en Argovie (1857), à Soleure (1857), à Berne, ancien canton (1859), à Lucerne, Schaffhouse et Bâle-Ville. Au point de vue de la *lex ferenda*, il y aurait lieu de régler de façon plus complète la question du cautionnement et celle des actions civiles dérivant du droit de change, ainsi que de reviser les textes concernant les duplicata, l'acceptation (son irrévocabilité), l'endossement-procuration, auquel il conviendrait d'assimiler expressément le *Vollgiro zu Inkassozwecken*, le protêt, etc.

946 *ter.* A la base de la lettre de change, nous trouvons le *con-*

trat de change, qui existe depuis le jour où des relations commerciales se sont établies entre des personnes habitant des lieux différents ; la lettre de change n'a été inventée qu'après coup, si l'on peut ainsi dire, comme un instrument perfectionné du contrat de change, qui est la convention par laquelle une personne s'engage envers une autre, moyennant une valeur en argent, en marchandises, etc., promise ou versée, de lui faire payer, en général dans une autre localité que celle où le contrat est formé, une certaine somme à une époque déterminée. A la rigueur, le contrat de change peut s'exécuter par le transport même du numéraire. Par exemple, X., de Berne, doit 1000 fr. à Y., de Genève. X. doit payer cette somme à la fin du mois et à Genève même : il pourra s'adresser à un banquier de Berne, qui s'engagerait à lui procurer les 1000 fr. à Genève, à la date fixée, et les y porterait lui-même, à l'occasion d'un voyage, ou s'en irait les y toucher pour les remettre au créancier de X. Ce mode de procéder serait bien primitif ; les frais et les risques seraient beaucoup plus grands que si les fonds étaient envoyés par la poste. Dans un cas semblable, on créera une lettre de change ; le banquier bernois mandera, sous cette forme, à l'un de ses correspondants de Genève d'avoir à payer la dette de X. à l'échéance. D'autre part, dans toutes les places de quelque importance, il y a des négociants qui sont créanciers ou débiteurs de négociants d'une autre place. La lettre de change supprime de multiples envois de fonds en sens opposé et circule d'ailleurs comme une sorte de papier-monnaie sans cours forcé. Supposons que X. de Genève soit créancier de Z. de Bâle, d'une somme de 1000 fr. A. de Genève doit, à la même époque, 1000 fr. à B. de Bâle. Pour n'avoir pas à expédier les 1000 fr. de Z., de Bâle à Genève, et les 1000 fr. de B., de Genève à Bâle, A. remet à X. (ils habitent la même ville) une lettre de change sur Z. de Bâle, par laquelle il mande à ce dernier, son débiteur, de payer au sieur A. ou à son ordre la somme de 1000 fr. A. endosse la lettre à son créancier de Bâle B., et celui-ci se présentera chez Z. qui lui versera le montant de l'effet. Ce paiement aura éteint deux dettes, sans aucun transport de numéraire.

947. Le contrat de change peut se former librement, tandis que la lettre de change est (cfr. art. 722) un contrat solennel. Mais l'un est une notion plutôt théorique, tandis que l'autre est éminemment pratique. Le nom de lettre est employé parce que le titre revêt la forme d'une lettre-missive ouverte. Le mot de : *change*, qu'on y ajoute, désigne deux choses : d'un côté, le profit que l'on retire de l'opération de change, de l'autre, cette opération elle-même qui consiste dans l'exécution du contrat de change que nous avons défini plus haut. Dans la première de ces acceptions, le mot : change est aussi appelé *prix* ou *cours du change*. Il ne faut pas perdre de vue que la lettre de change est une marchandise et que, partant,

son prix est variable. C'est la loi générale de l'offre et de la demande qui en détermine le cours. D'autres causes peuvent néanmoins être de quelque effet : ainsi quand l'or est rare à Paris, et, par suite, fait prime, en ce que l'on paiera 1002 ou 1001 fr. en argent pour avoir 1000 fr. en or, les lettres de change de Paris sur Londres sont recherchées, la monnaie d'or étant la monnaie normale en cette dernière ville, et le cours du change sur Londres s'élève ; ainsi, le cours du change sur les pays où le papier-monnaie de l'Etat a cours forcé s'abaissera plutôt, parce que les lettres de change sur ces pays seront peu demandées. En principe, le cours du change ne dépasse point ce que coûterait le transport de numéraire. Si nous voulions entrer dans quelques détails sur ce point et notamment sur l'influence de la loi de l'offre et de la demande en matière de cours du change, nous constaterions ce qui suit. Entre deux villes, comme Zurich et Genève, par exemple, ou entre Paris et Londres, il existe des relations commerciales ensuite desquelles les négociants de l'une de ces villes deviennent créanciers de l'autre, et réciproquement. Il en résulte qu'un certain nombre de négociants de Paris doivent adresser de l'argent à Londres, d'où un certain nombre de négociants parisiens doivent en recevoir. Ceux qui ont de l'argent à recevoir de Londres cèdent leurs créances à ceux qui ont à y payer quelque chose. Ils vont auprès de banquiers de Paris, qui leur comptent l'argent dont ils ont besoin contre la délivrance de lettres de change sur Londres, et les autres négociants parisiens qui doivent à Londres se rendent également chez les banquiers qui leur vendent ces lettres de change contre de l'argent. Lorsqu'il y aura beaucoup de lettres de change tirées de Paris sur Londres et que les lettres de change sur cette dernière ville seront peu recherchées, il va sans dire que le cours s'abaissera parce qu'il y aura plus d'offres que de demandes ; dans l'hypothèse contraire, le cours s'élèvera ; s'il y a équilibre parfait entre l'offre et la demande, les lettres de change ne gagnent rien sur l'argent. On dit alors que le change est *au pair*, lorsque, pour 1000 fr. en argent, on reçoit une lettre de change de 1000 fr. ; *au-dessus du pair*, lorsqu'on paiera 1002 ou 1001 fr. pour une lettre de change de 1000 fr. ; *au-dessous du pair*, lorsqu'on paiera 999 ou 998 fr. Le cours du change sur une place est *favorable* lorsqu'il est au-dessous, et *défavorable* lorsqu'il est au-dessus du pair.

Nous avons insisté déjà sur l'utilité de la lettre de change. C'est, effectivement, l'un des plus actifs instruments du crédit, car celui qui détient une lettre de change payable au bout d'un certain laps de temps, peut immédiatement obtenir d'un banquier des avances qu'on ne lui ferait peut-être pas sur sa signature, mais qu'on lui fera, le banquier sachant que la valeur du titre représente, par exemple, des marchandises livrées et que tireur et tiré méritent confiance. Le banquier paiera donc le montant de la lettre, moyen-

nant une retenue appelée *escompte* et qui doit représenter l'équivalent de l'intérêt perdu jusqu'à l'échéance. Le revers de la médaille, c'est la création d'effets de complaisance, tirés par des négociants gênés sur des gens qui ne leur doivent rien ; deux ou trois individus peuvent même s'entendre pour se rendre réciproquement des services de cette nature : et nous avons les « circulations d'effets » — la *Wechselreiterei*, — qui ont provoqué tant de désastres.

Notons encore que le Code féd. des obligations, à l'exemple des lois modernes, mais à l'opposé du Code de commerce français, n'exige plus pour la validité d'une lettre de change que le paiement s'effectue d'une place sur une autre (une lettre de change peut donc être tirée sur la même place), ni qu'il y ait provision chez le tiré à l'échéance, c'est-à-dire que celui auquel mandat est donné d'acquitter le montant de la lettre soit débiteur du tireur de pareille somme ou ait reçu une couverture quelconque de la part de ce dernier.

L'importance de la lettre de change dans les transactions internationales a préoccupé notre législateur. Il s'est efforcé tout particulièrement de ne pas créer un système nouveau, mais d'adapter aux besoins de notre commerce celui qui était le plus généralement appliqué. D'ailleurs, les diverses lois n'offrent guère que des divergences de détail dans ce domaine. Quoi qu'il en soit, il est à souhaiter que le droit de change arrive bientôt à être régi par un Code international ; il semble que ce but serait facilement atteint, si les Etats montraient quelque bonne volonté. Les Congrès d'Anvers (1885) et de Bruxelles (1888) ont abordé l'examen de ces questions ; il résulte de leurs travaux, qu'à part un point ou deux, l'entente ne serait nullement impossible, mais le projet de « loi-type » publié en 1889 est trop incomplet pour rallier tous les suffrages. Au reste, il semble que le mouvement officiel d'internationalisation du droit de change se soit arrêté après la Conférence de Bruxelles[1], car les « négociations diplomatiques nécessaires » que le cabinet belge avait la mission d'engager n'ont pas fait un pas et la législation nationale ne chôme point (voir, entre autres, la loi russe sur le droit de change des 27 Mai/9 Juin 1902).

947 *bis*. Nous laissons de côté d'autres considérations générales que nous exposerons en commentant les art. 720 et s. Mais nous devons mentionner au moins les théories auxquelles la nature juridique de la lettre de change et des valeurs mobilières a donné naissance. D'après la doctrine allemande, l'effet de commerce et, plus particulièrement, la lettre de change constituent une espèce de monnaie, — une promesse envers le public de payer en argent contre remise du titre, sans que cette promesse doive se rattacher nécessairement

[1] *Zeitsch. für schw. R.* n. s., VIII, 143 et s.; *Actes des Congrès d'Anvers* (1885) *et de Bruxelles* (1889).

à un contrat. D'où la notion de l' « *obligation abstraite* » ; pourvu que le titre soit rédigé dans les formes légales, il est par lui-même générateur de la dette qu'il constate, et, comme on l'a dit, la forme est à l'engagement ce que l'empreinte est au numéraire, elle lui communique sa valeur de circulation, tant et si bien que la lettre de change, pour nous en tenir à cet effet de commerce, existerait indépendamment de sa cause, indépendamment des personnes qui ont concouru à sa création, par l'unique vertu de l'écrit dont elle résulte : la solennité des formes observées prête vie et force à l'obligation. Il y a beaucoup de métaphysique et de logomachie dans tout ceci ; l' « obligation abstraite » n'est qu'une formule qui n'éclaircit rien, qui n'apprend rien et qui ne s'adapte point à la réalité des choses, car la lettre de change ne circule ni comme le numéraire, ni comme le billet de banque ; c'est une promesse de paiement, solennelle et négociable, que le législateur entoure d'intenses garanties d'exécution, rien de plus, rien de moins. et notre Code, en imitant la *Deutsche Wechselordnung,* ne s'est pas approprié pour autant les idées de la science germanique ; cfr. notamment art. 811, emprunté d'ailleurs à l'art. 82 de la loi allemande, mais dont il paraît bien découler (voir n° 1037) que le titre ne vaut pas absolument par lui-même. Ces remarques s'appliquent aux autres valeurs mobilières, même aux *titres au porteur* (art. 846, alin. 1, 847), — même à la *cédule hypothécaire* et à la *lettre de rente* du projet de Code civil suisse, dont l'art. 858 correspond à l'art. 811 C. O. Nous ne pouvons entrer en matière sur les divers systèmes se rattachant à cette question, celui de l' « obligation littérale », et celui de « l'incorporation de la dette dans le titre ». Ces constructions juridiques, adoptées aussi par la science italienne, mais volontairement ignorées par la jurisprudence française, ne semblent répondre à aucun besoin pratique et n'offrent guère d'intérêt qu'au point de vue de la méthodologie du droit.

947 *ter.* Nous rappelons ce que nous avons dit des *Werthpapiere,* à propos de l'art. 224. La lettre de change est un papier-valeur, même lorsqu'elle n'est pas émise à ordre ou que le transfert en a été interdit par la clause « non à ordre », — qu'elle est un *Rectawechsel* de l'art. 727. alin. 2. En effet, quoique notre jurisprudence ait artificiellement circonscrit la notion des papiers-valeurs, les titres nominatifs qui incorporent le droit qu'ils constatent sont des papiers-valeurs. tout comme les titres à ordre ou au porteur ; c'est même la théorie de notre Code pour les lettres de change non transmissibles et pour les actions nominatives. Quant aux bons de dépôt, carnets de caisse d'épargne, etc., dans lesquels le débiteur déclarerait expressément que les droits en dérivant ne peuvent être exercés ou cédés qu'au moyen du titre, ce sont aussi des papiers-valeurs. Voir n° 279.

CHAPITRE PREMIER

De la capacité de s'obliger par lettre de change.

948. Dans la conférence réunie en Mai 1856 aux fins d'arriver à un concordat réglant la matière de la lettre de change pour la majorité au moins des cantons suisses, un seul des délégués avait émis l'opinion qu'il importait de restreindre aux personnes inscrites sur le registre du commerce la capacité de s'obliger par lettre de change. Cet avis ne trouva pas d'écho, ni dans le projet de M. Munzinger, ni plus tard. On fit remarquer qu'il ne convenait pas de créer des restrictions incompatibles avec l'unité du droit et l'égalité des citoyens devant la loi. On invoqua aussi l'exemple des législations les plus récentes, de la *Deutsche Wechselordnung*, particulièrement.

Aussi bien, les premiers projets de Code fédéral ne contenaient que le premier alinéa de l'art. 720, consacrant le principe de la capacité générale et absolue de s'obliger par lettre de change. Au vu des observations qui furent présentées et qui tendaient à limiter aux commerçants l'application des règles spéciales de la procédure d'exécution en matière de change, les Chambres et leurs Commissions renoncèrent, après de longues hésitations et de vifs débats, à adopter sans atténuation la règle de l'art. 720, al. 1. Et l'on ajouta au texte de la loi un deuxième alinéa, dont nous parlerons plus loin et qui rend la procédure d'exécution spéciale aux effets de change applicable uniquement à l'encontre des « personnes et sociétés inscrites sur le registre du commerce ». De cette façon, le législateur a cru concilier tous les intérêts et conjurer tous les périls. Il y a réussi, selon nous, dans la mesure du possible.

949. Sans nous attacher davantage à l'historique de l'art. 720, nous passons à l'examen même des prescriptions qu'il renferme.

Les voici : *Toute personne capable de s'obliger par contrat* [1]

[1] *A. T. F.* X, 145, XI, 73 (la preuve de l'aliénation mentale de l'acceptant d'un effet de change, au jour de l'acceptation, doit être faite par celui qui veut se prévaloir de cette circonstance : il n'incombe pas au créancier demandeur d'établir que l'acceptant était sain d'esprit à la dite date, — une solution qui ne peut être contestée, et que, semble-t-il, il n'eût pas été nécessaire de faire consacrer par un jugement).

(cfr. art. 29 et s.) *peut s'obliger par lettre de change* (al. 1). Ainsi tout majeur qui n'est pas restreint dans sa capacité civile, qu'il soit d'ailleurs commerçant ou non, peut valablement contracter une dette fondée sur un effet de change. Les mineurs, les interdits, les femmes mariées [1], ceux qui n'ont pas conscience de leurs actes ou sont privés de leur raison, ne peuvent pas s'obliger par lettre de change ; et leur incapacité à cet égard se détermine d'après les principes généraux posés aux art. 29 et s. déjà cités. Quant à la capacité des *étrangers* de se lier par des engagements de change, nous renvoyons à l'art. 822. La capacité de s'obliger par lettre de change est une condition *sine qua non* de la validité du contrat ; elle est, au surplus, de droit matériel. Il ne faut pas oublier que la capacité s'étend non seulement à la souscription de la lettre, mais à l'acceptation et à l'endossement, et qu'il suffit qu'elle existe au jour où l'engagement de change est assumé. Les sociétés en nom collectif, en commandite, par actions, les associations et autres personnes juridiques, ne pourront s'obliger en droit de change que par l'organe de leurs représentants légaux. Il en sera de même pour les incapables, qui auront besoin à cet effet de l'autorisation du tuteur, pour les mineurs et les interdits, du mari, pour les femmes mariées, — cette autorisation devant être donnée dans les formes et sous les conditions fixées par le droit cantonal. Quant aux fondés de procuration et aux mandataires commerciaux, voir les art. 423 et 426, al. 2.

950. L'al. 2 de l'art. 720 est ainsi conçu : *Toutefois les dispositions de l'article 812 du présent Code et les dispositions spéciales d'autres lois fédérales ou cantonales* [2] *concernant l'exécution et les poursuites en matière de lettre de change sont exclusivement applicables aux personnes et aux sociétés inscrites sur le registre du commerce.* Ceci est une faveur dont bénéficient les personnes qui, n'étant pas commerçantes ou n'étant pas inscrites au registre, ne se sont peut-être pas rendu compte de la différence existant, quant à la poursuite, entre les engagements de change et les autres obligations. Mais on peut dire, avec M. Béguelin [3], que l'intérêt de la sécurité des transactions devrait l'emporter sur celui des signataires de lettres de change non inscrits au registre du commerce, et que l'abrogation de l'art. 720, alin. 2, se recommande aujourd'hui.

L'art. 720, al. 2, est *modifié* par les art. 39 et s. et 177 et s. de la

[1] *H. E.* X, 89 (la femme commerçante de l'art. 35 peut souscrire des engagements de change rentrant dans l'exercice régulier de son commerce, de sa profession ou de son industrie, mais non au delà).

[2] *R. j. f.* I, 25, 86, II, 130 ; *Haberstich*, II, 652 et s.

[3] *Verhandlungen*, etc., l. c., 278.

loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, qui règlent désormais toute la matière de l'exécution forcée et s'appliquent notamment aux engagements de change. C'est l'*inscription au registre*, dès le lendemain de sa publication dans la Feuille officielle du commerce *(ibid.* art. 39 *in fine)*, qui soumet la personne ou la société obligée en droit de change à la procédure spéciale d'exécution, que cette personne soit d'ailleurs astreinte ou non à se faire inscrire, pourvu qu'elle soit inscrite au moment de la réquisition de poursuite. La loi fédérale précitée tranche ainsi certaines questions controversées sur lesquelles nous ne reviendrons plus ; voir aussi l'art. 40 de la même loi, qui dispose que les personnes inscrites, dont l'inscription a été radiée, sont encore passibles de la procédure spéciale d'exécution des art. 177 et s. dans les six mois à compter de la date du numéro de la Feuille officielle du commerce où la radiation a été publiée.

951. L'art. 721 prescrit : *Si une lettre de change porte la signature d'un ou de plusieurs incapables, les autres signataires n'en sont pas moins tenus de leurs obligations.* Une lettre de change est, par exemple, souscrite par un incapable, ou endossée par lui, les signatures des personnes capables lient absolument ces dernières.

CHAPITRE II

De la forme de la lettre de change.

952. La préoccupation essentielle du législateur fédéral a été de dégager autant que possible la forme de la lettre de change de toutes les énonciations que l'on peut considérer comme n'étant pas indispensables. En conséquence, il n'exige plus, comme l'art. 110 du Code de com. fr., ni la remise de place en place, ni la reconnaissance de la valeur fournie, cette reconnaissance n'étant d'ailleurs pas sincère, la plupart du temps, et la *provision* n'est dès lors plus une condition fondamentale de la validité de la lettre de change. Celle-ci n'en doit pas moins faire l'objet d'un écrit à formes solennelles, ensorte que rien ne peut suppléer l'écriture (cfr. en cas de perte, art. 783 et s.) et que les formes prévues doivent être observées à peine de nullité.

Trois personnes interviennent en général pour la confection d'une lettre de change (cfr. toutefois art. 724) : le *tireur*, c'est-à-dire celui qui crée la lettre, le *tiré*, qui reçoit mandat de la payer, et le *preneur*, au profit duquel elle est souscrite, sans parler des cessionnaires ou endosseurs, lorsque le titre, créé à ordre, peut être endossé. A l'origine, le tireur et le preneur seuls concourent à la création de la lettre ; le tiré n'y accède que postérieurement, s'il accepte.

953. *La lettre de change*, dit. l'art. 722, *doit contenir les énonciations* ESSENTIELLES *qui suivent* (cfr. art. 725, 801, 802, 823) :

1° *La mention expresse, dans le texte même, que la lettre est une lettre « de change*[1] », — attendu que ce mot est considéré comme une marque de l'intention du souscripteur de s'obliger par lettre de change et de se soumettre aux règles spéciales sur la matière. Le terme « de change » est dès lors *sacramentel*, comme en droit allemand, tandis qu'il n'en est pas ainsi en droit français et anglais. On dira : « Payez par cette lettre *de change*, ou, cette première *de change* », etc. Si la lettre n'est pas libellée à ordre et que la désignation : *de change* y manque, nous aurons un mandat de payer (cfr. art. 406 et s.) ; si elle est expressément souscrite à ordre et s'il a été satisfait aux autres énonciations de l'art. 722, nous aurons une délégation à ordre dans le sens de l'art. 839.

2° *L'indication, dans le texte et en toutes lettres, de la somme à payer*. On ne peut donc mander au tiré de payer en marchandises, ni en valeurs n'ayant pas cours forcé, en billets de banque, par exemple (cfr. art. 756). L'indication en chiffres est sans aucune importance juridique. Il faut absolument que le montant du titre soit énoncé *en toutes lettres*, dans le texte même de l'effet. Le Tribunal fédéral[2] a reconnu, en particulier, qu'un effet dans lequel la place destinée à l'indication de la somme est laissée en blanc est un effet simplement incomplet. Celui qui, s'en remettant à la bonne foi du preneur, souscrit et négocie un acte incomplet de ce genre, confère par cela même au preneur le droit de le remplir en ce qui concerne l'indication de la somme à payer ; et il est lié par la somme à payer indiquée par le preneur, du moins envers les tiers auxquels il ne saurait opposer l'exception d'une entente intervenue entre le dit preneur et lui sur la manière dont l'effet devait être rempli. Il n'a, le cas échéant, que l'exception de dol contre les tiers porteurs qui auraient été informés de cette entente, au moment où ils auraient acquis l'effet. *Si*, ajoute l'art. 723, *la somme à payer est écrite*

[1] L'art. 4 de la loi allem. ajoute, sur ce point : « Si la lettre de change est rédigée dans une langue étrangère, elle doit porter une mention équivalente au mot : *de change* ». Ce principe est aussi applicable en Suisse.

[2] *A. T. F.* XIII, 206.

plus d'une fois en toutes lettres, et qu'il y ait une différence, on s'en tient à la somme la plus faible (cfr. art. 802). Si la somme était exprimée à la fois en toutes lettres et en chiffres, la mention en toutes lettres serait prépondérante, en cas de différence entre les deux montants.

954. 3° *Le nom ou la raison de commerce de la personne à qui ou à l'ordre de qui elle doit être payée (preneur).* Toutefois l'art. 724[1] nous dit que : *Le tireur peut se désigner lui-même comme preneur (lettre de change à son propre ordre). — Il peut aussi se désigner comme tiré, pourvu que le paiement doive se faire en un autre lieu que celui d'où la lettre de change est tirée (lettre de change sur soi-même);* cfr. art. 722, chif. 6. La lettre de change à son propre ordre ne devient parfaite que par l'endossement de la part du tireur. Mais la forme prévue au 1er al. de l'art. 724 n'est pas applicable au *billet de change*[2], attendu que l'art. 827, dont l'énumération des renvois aux textes concernant la lettre de change est limitative, ne mentionne pas l'art. 724, al. 1. Si d'ailleurs la loi n'a pas admis la création de billets de change à l'ordre du souscripteur, c'est qu'elle considère la désignation du preneur comme un élément essentiel de l'effet de change en général et qu'elle n'autorise pas la forme de l'effet de change au porteur. Or le billet de change à l'ordre du souscripteur et endossé en blanc serait en réalité identique à un billet au porteur (cfr. art. 722, chif. 3, et 825, chif. 3) ; bien plus, le défaut de désignation d'un preneur dans le billet de change à l'ordre du souscripteur ne peut être valablement suppléé par l'endossement de ce dernier à un endossataire désigné, car la désignation du preneur, condition *sine qua non* de la validité du billet de change, doit être renfermée dans l'effet primitif lui-même, et si cet effet n'est pas valable dès l'origine, il ne peut le devenir par un endossement. Pas plus que le billet de change, au reste, la lettre de change ne peut être créée *au porteur ;* mais elle peut l'être avec désignation du tireur comme preneur, parce qu'elle est un mandat de payer, tandis que le billet de change est une promesse de paiement émanant du souscripteur et que le Code fédé-

[1] EXEMPLES : 1° *Lettre de change de l'art. 722* (c'est, en langage courant, *la traite*): « Berne, le 1er Février 1905. A un mois de date, payez par cette première de change à l'ordre de M. X., à Genève, la somme de mille francs (valeur en compte).

A M. Y., à Genève. (Sig.) Z.

2° *Lettre de change à son propre ordre de l'art. 724 :* « Berne, le 1er Février 1905. Au 1er Mars prochain, payez à mon propre ordre par cette première de change la somme de mille francs (valeur en compte).

A M. Y., à Genève. (Sig.) Z.

Et, au dos, Z. inscrira : Payez à l'ordre de X. (Sig.) Z.

[2] *A. T. F.* XIII, 230.

ral prohibe que quelqu'un promette de payer à son propre ordre. La lettre de change sur soi-même du 2[me] al. de l'art. 724 ne peut être tirée sur place; en vérité, il serait peu naturel que je me donnasse à moi-même mandat de payer et il est beaucoup plus simple qu'alors je souscrive un billet à ordre, une promesse de paiement. N'oublions pas que cette lettre de change est soumise à toutes les règles sur la matière.

955. 4° *L'indication de l'époque du paiement* (cfr. art. 749 et s.); *une seule et même échéance doit être indiquée pour toute la somme; elle ne peut l'être que de l'une des manières suivantes:*

à jour fixe[1] (p. ex. : au 1[er] Mars prochain); cfr. art. 87 et 749;

à vue (à présentation) ou à un certain délai de vue (p. ex., à vue, ou à présentation, ou à 15 jours de vue);

à un certain délai à partir de la création de la lettre (à tant... de date), — p. ex., à un mois, à deux mois dé date;

à telle foire ou à tel marché (lettre de change payable en foire ou en marché).

L'indication d'une *échéance* fixe est une formalité substantielle.

5° *La signature du tireur, c'est-à-dire son nom ou sa raison de commerce* (cfr. art. 820 et 821). Un engagement de change ne peut être valablement contracté que par la signature apposée sur l'effet; mais le signataire oblige naturellement ses ayant cause selon les prescriptions spéciales du droit de change. Le tireur peut, au surplus, signer lui-même ou par un mandataire muni de pouvoirs suffisants. La signature doit d'ailleurs se trouver à la place où le texte de la lettre prend fin; si elle figurait au milieu du texte ou au dos du titre, ou en tête de l'effet, ou sur l'un des côtés, elle serait nulle. C'est la théorie adoptée par la jurisprudence allemande, et nous la tenons pour rationnelle. Les mêmes principes sont applicables lorsqu'il y a plusieurs tireurs. On s'est demandé quelle était la valeur d'une signature illisible; on ne l'envisagera comme nulle que si elle ne présente aucun caractère de signature, c'est-à-dire, de lettres tracées les unes à la suite des autres et formant un nom; en somme, tout se réduira à des questions de fait. On est, d'autre part, d'accord pour reconnaître qu'il est possible d'annuler la signature du tireur sur une lettre de change, en la biffant, si la suppression n'est pas le résultat d'un accident ou d'une fraude. Enfin, la signature doit être *écrite à la main.*

6° *L'indication du lieu, du jour, du mois et de l'année où la lettre de change est créée* (cfr. art. 753). Le lieu et la date de la création ne peuvent être multiples. La jurisprudence allemande ne

[1] On peut valablement créer une lettre de change payable la veille ou le lendemain de Noël, de Pâques, sans indication de la date par le jour du calendrier; il suffit que le jour soit *fixe* et puisse être exactement déterminé.

considère pas comme un élément essentiel de la validité de la lettre de change en soi, le fait que l'indication du lieu ou de la date, ou de tous les deux, est exacte, pourvu que les inexactitudes ne soient pas contraires à la volonté des parties.

7° *Le nom ou la raison de commerce de la personne qui doit payer (tiré);* cfr. art. 724, al. 2. Il faut naturellement que cette désignation soit lisible.

8° *L'indication du lieu où doit s'effectuer le paiement; à défaut d'indication spéciale, le lieu désigné à côté du nom ou de la raison de commerce du tiré est réputé être le lieu de paiement et en même temps le domicile du tiré.* Les *lettres de change* domiciliées sont parfaitement licites (cfr. art. 743, 764, 765, 826 et 828). L'omission de l'indication du domicile du tiré ne rend pas nulle la lettre de change, pour autant que ce domicile peut être découvert en vertu d'une mention quelconque dans le texte du titre. On sait que la remise de place en place n'est plus de rigueur. Ajoutons encore que la lettre doit indiquer un seul lieu de paiement, à peine de nullité.

La lettre de change étant un contrat solennel, toutes les énonciations de l'art. 722, chif. 1 à 8, sont *substantielles*. Mais, comme nous l'avons déjà noté, certaines mentions qu'exigeait le C. com. fr. ne sont plus nécessaires : ainsi la remise de place en place, sauf l'art. 724, al. 2, la valeur fournie, en espèces ou en marchandises, ou en compte, bien que cette mention soit traditionnelle, et la clause à ordre (cfr. art. 722, chif. 3). Il existe en outre diverses énonciations facultatives, comme la clause de *besoin* (art. 744 et s.), de retour *sans frais* ou sans protêt (art. 763), etc. La lettre de change peut aussi être tirée en un ou *plusieurs exemplaires* (cfr. art. 783 et s.).

956. Quels sont les effets de l'omission d'énonciations substantielles? L'art. 725, al. 1, dispose : *L'écrit auquel manque l'une des conditions essentielles susénoncées* (cfr. art. 722) *ne crée aucune des obligations spéciales qui résultent de la lettre de change. Il en est de même des déclarations apposées sur cet écrit (endossement, acceptation, aval).* Il va de soi que des erreurs ou des fautes de style, qui nuiraient à l'entière intelligence du texte de la lettre de change, ne frappent point celle-ci de nullité. L'art. 725 de notre Code vise ce que l'on appelle en droit français une lettre de change imparfaite, à laquelle *manque* absolument l'une des énonciations de l'art. 722. Les effets de la lettre de change imparfaite sont régis par les principes généraux du droit civil (cfr. toutefois art. 838 et s.). Mais il a été jugé[1] que la disposition de l'art.

[1] *A. T. F.* XIII, 206.

725, al. 1, ne mettait pas obstacle à ce que des obligations de droit de change prissent valablement naissance par suite de déclarations (acceptation, endossement, signature du souscripteur) écrites sur un effet en blanc ou rempli en partie seulement. L'emploi des blancs-seings pour la souscription et la négociation de lettres de change est admis par la loi, moyennant qu'avant leur présentation, ou mieux, avant qu'on les fasse valoir, ces lettres soient remplies conformément à l'art. 722. « L'art. 725, al. 1, dit le Tribunal fédéral, ne concerne que le cas où quelqu'un négocierait ou ferait valoir comme effet de change parfait un titre auquel manquerait une condition essentielle et qui, dès lors, serait imparfait ». En particulier, un endosseur ne peut contester son engagement d'après le droit de change pour l'unique raison qu'au temps de l'endossement la mention essentielle, en toutes lettres, de la somme à payer (cfr. art. 722, chif. 2) n'existait pas dans le texte de l'effet. Cfr. en outre art. 721, art. 823, ainsi que nº 953.

957. L'al. 2 de l'art. 725 porte encore ceci : *Toute promesse d'intérêts faite sur une lettre de change est réputée non écrite*. Ceci est conforme au droit allemand, mais contraire aux lois française, belge, anglaise, qui admettent parfaitement des stipulations d'intérêts.

957 *bis*. Si la *provision* n'est pas un élément nécessaire de la lettre de change, en droit fédéral, il n'en est pas moins vrai, qu'en fait, une lettre de change sérieuse suppose l'existence d'une provision. La question de l'appartenance de cette dernière a été vivement discutée ; et l'on s'est demandé s'il ne serait pas juste d'assurer la provision au porteur de l'effet, soit par une subrogation légale aux droits du tireur contre le tiré, soit par un privilège spécial sur la provision dans la faillite du tireur. Au fond, la valeur des signatures est la chose essentielle. Et le législateur suisse a pu faire abstraction de tout privilège en faveur du porteur, d'autant plus que nos privilèges de faillite ne sont déjà que trop nombreux ; il n'a pas davantage eu recours au moyen de la subrogation légale.

CHAPITRE III

Des obligations du tireur.

958. Le tireur n'est autre que le souscripteur de la lettre de change, celui qui donne au tiré mandat de payer. Comme il reçoit la contre-valeur de la lettre de change en la négociant, l'art. 726[1] prescrit : *Le tireur répond selon les règles particulières en matière de lettre de change* (cfr. art. 744 et s., 748, 762 et s., 783, 802, 804 et s., 808, 810, 811, 813, 821) *de l'acceptation et du paiement de la lettre*. Le tireur n'est pas obligé, en droit fédéral, de faire la *provision* de la lettre de change, c'est-à-dire de faire ensorte qu'il soit créancier du tiré, pour une cause ou pour une autre, au jour de l'échéance, ou de mettre à la disposition du tiré les sommes ou valeurs nécessaires au paiement de l'effet. Aussi longtemps que le tiré n'a pas accepté (cfr. art. 739 et s.), il ne peut être poursuivi en acquittement de la lettre de change, et cela alors même qu'il serait débiteur du tireur pour un montant égal à celui du titre, car le créancier ne peut arbitrairement modifier la nature de la créance qu'il a contre son débiteur et la transformer en une obligation de change. Le défaut d'acceptation de la part du tiré pourra, le cas échéant, autoriser le tireur à l'actionner, mais non aux termes des prescriptions spéciales en matière de change. Il est inexact de prétendre, comme on l'a fait, que la propriété de la provision appartient au porteur de l'effet, lorsqu'il y a provision chez le tiré ; rien ne permet d'en décider ainsi (voir n° 957 *bis*). Le tireur s'engage, en somme, vis-à-vis du preneur et de tout porteur de la lettre de change, à en procurer l'acceptation et le paiement. Si la lettre de change n'est ni acceptée ni payée, il est exposé à une action récursoire (cfr. entre autres, art. 744 et s. et 762 et s.) suivant la procédure spéciale en la matière[2].

Lorsque le tiré a payé, sans qu'il y eût provision, il devient créancier du tireur, mais selon les principes généraux du droit civil.

[1] *A. T. F.* XIX, 262 (responsabilité de celui qui reprend les affaires d'un autre pour les engagements de change de ce dernier).

[2] *Verhandlungen*, etc., l. c., 298 et s.

958 *bis*. A compter de quel moment et par quel acte juridique le tireur s'oblige-t-il en vertu de la lettre de change? La doctrine allemande est divisée sur ce point. Certains auteurs professent (Thöl, Goldschmidt, etc.) la *Vertragstheorie*, la théorie du contrat, d'après laquelle la responsabilité du tireur ne prend naissance que si ce dernier s'est dessaisi du titre avec la volonté d'être obligé désormais. D'autres jurisconsultes (Endemann, Dernburg, Cosak, etc.) défendent la *Creationstheorie*, qui admet la responsabilité du tireur dès que la lettre de change est sortie des mains de celui qui l'a créée et a passé, de quelque manière que ce soit, en celles d'un tiers de bonne foi; on veut essentiellement protéger, ici, la *bona fides* et le crédit. Enfin, les partisans de l'*Emissionstheorie* partent de l'idée que le tireur est seulement engagé par le transfert de la lettre de change. On peut se demander si le législateur fédéral a choisi entre ces diverses solutions. Il semble bien qu'il ait adhéré à la *Creationstheorie*, ensorte qu'une lettre de change, qui aurait été mise en circulation à la suite d'un vol, obligerait celui qui l'a souscrite[1].

CHAPITRE IV

De l'endossement.

959. La cession des créances s'opère, dans la règle, en conformité des art. 183 et s. du C. féd. des obl. et, selon les dispositions du droit cantonal, pour les créances hypothécaires. La lettre de change étant faite pour circuler de mains en mains, le législateur a dû éviter les lenteurs et les frais des cessions ordinaires pour le transfert des effets de cette nature. Ceux-ci peuvent être transmis, comme tous les titres à ordre, par un simple *endossement*, c'est-à-dire par une cession dispensée de toutes formalités et ainsi nommée parce qu'elle est écrite au *dos* de la lettre.

Il n'est pas nécessaire, pour que la lettre de change soit transmissible, qu'elle renferme la *clause à ordre;* cette condition du droit français n'est pas exigée par notre législateur (cfr. art. 727, al. 2). On distingue deux espèces d'endossements : l'*endossement-cession* (art. 727 à 734), qui est translatif de propriété, et l'*endosse-*

[1] Voir, entre autres, *Staub*, ad art. 8, p. 45.

ment-procuration (art. 735), qui donne simplement au porteur mandat d'opérer le recouvrement de la lettre de change. La forme de l'endossement est d'ailleurs régie par la loi du lieu où il s'effectue.

Pour le *gage* des effets de change, voir art. 214.

960. I. *De l'endossement-cession.* Nous avons dit que la lettre de change était essentiellement transmissible et que le mode de son transfert s'appelait l'endossement. C'est ce qu'exprime l'art. 727, al. 1 : *Le preneur peut transmettre la lettre de change à un tiers par voie d'endossement (endos).* Le premier endossement est à l'ordre du preneur, en ce sens que le tireur mande au tiré de payer au preneur le montant du titre. Il est ordinairement conçu en ces termes : *Payez à l'ordre de X.* (preneur). Le preneur, de son côté, peut endosser le titre à une autre personne, celle-ci à une troisième, et ainsi de suite; lorsque les endossements sont trop nombreux pour être tous portés sur la lettre, on joint à celle-ci une feuille de papier, qui se nomme : *allonge.* Dans les lettres de change à son propre ordre de l'art. 724, il ne naît d'obligations spéciales de droit de change que par l'endossement du tireur. Ajoutons que l'*endosseur* est l'auteur de l'endossement, et que la cause de l'endossement est indifférente au point de vue des obligations qui en résultent envers les signataires postérieurs[1].

961. La lettre de change est si essentiellement transmissible que l'insertion de la clause « non à ordre » n'en empêche point le transfert. *Toutefois,* dit l'art. 727, al. 2, *si le tireur en a interdit la transmission en y insérant les mots « non à ordre » ou toute autre expression équivalente, l'endossement ne vaut pas comme opération de change.* L'endossement, dans ces circonstances, n'est point nul ; seulement, il ne produit que l'effet d'une cession civile ordinaire et les débiteurs pourront opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'ils eussent pu soulever contre l'endosseur lui-même (cfr. art. 183 et s. et la règle contraire de l'art. 811). On a dit avec raison que, dans cette hypothèse, le cessionnaire n'a le droit de recourir contre le souscripteur de la lettre de change que si ce droit de recours lui a été *expressément* cédé par l'endosseur (art. 192 et s.). Si la lettre ne contient pas la clause à ordre, mais ne renferme pas non plus celle de « non à ordre », elle peut être valablement transmise par endossement, avec tous les effets attribués à cet acte en droit de change.

962. *L'endossement* — art. 728[2] — *transmet tous les droits*

[1] *A. T. F.* XXIV[2], 419 et s. (endossement de complaisance).
[2] *A. T. F.* XII, 323, 657.

dérivant de la lettre de change, notamment la faculté de passer à l'ordre d'une autre personne. La lettre de change peut être endossée valablement, même au tireur, au tiré, à l'accepteur, à un précédent endosseur (ceci en dérogation à l'art. 144), *et ceux-ci peuvent la transmettre par de nouveaux endossements*[1]. Ainsi, liberté complète de l'endossement quant aux personnes.

L'endossataire devient propriétaire de l'effet, sur lequel l'endosseur perd tout droit de propriété[2]. Si maintenant, l'endossement est fait à l'ordre du tireur, les endosseurs antérieurs demeurent tenus envers les endosseurs postérieurs. S'il a lieu à l'ordre du tiré, il se présente deux éventualités : le tiré a-t-il accepté la lettre de change, la dette se trouve, règle générale, éteinte par confusion, tous les coobligés au paiement du titre sont libérés, et même, s'il faisait protester pour empêcher que la confusion n'intervînt, il n'aurait qu'un droit de recours illusoire ; le tiré n'a-t-il pas accepté, il est autorisé à exercer son recours, après protêt, contre les endosseurs précédents et le tireur ; dans tous les cas, le tiré qui réendosse est tenu envers les endosseurs subséquents. Si l'endossement a été fait à un précédent endosseur, tous les endosseurs qui venaient après lui sont déchargés.

Un même endossement peut être fait à plusieurs personnes ; en revanche, les endossements partiels, c'est-à-dire d'une partie du montant de la lettre, sont interdits.

963. L'art. 137 du C. com. fr. exige que cinq mentions soient inscrites dans l'endossement translatif de propriété : la date, la valeur fournie, le nom de l'endossataire, la clause à ordre et la signature de l'endosseur ; l'endossement en blanc ne vaut, en France, que pour procuration. Les règles du Code fédéral, empruntées à la loi allemande, ont atténué le formalisme du Code de com. fr. en matière d'endossement. L'art. 729 dit effectivement : *L'endosse-*

[1] *A. T. F.* XII, 323 et s. (v. ad art. 755); 657 (l'accepteur, qui est en même temps le dernier endossataire, a le choix, lors de l'échéance, de considérer l'effet comme payé ou de protester et de recourir, bien que son droit de recours doive être, dans la règle, illusoire, puisque les endosseurs antérieurs pourront lui opposer l'exception que, comme accepteur et débiteur principal, il est astreint à restituer immédiatement le montant à raison duquel il exercerait son recours).

[2] On sait que l'endossement ne transfère la propriété que si la lettre a été remise à l'endossataire. Mais dès que l'endossement est parfait, il est translatif de propriété, d'une manière absolue, même entre cédant et cessionnaire toutes les fois que, malgré l'endossement sans réserve, les intéressés auraient en vue autre chose que le transfert de la propriété, un endossement-procuration, par exemple (art. 735), ou un endossement-garantie (art. 214). Cfr. *Hafner*, ad art. 728. — Voir cependant l'art. 201 L. P., qui autorise la revendication des valeurs à ordre transférées au failli pour l'encaissement, la preuve du mandat d'encaisser résultant non seulement de l'endossement-procuration de l'art. 735, mais aussi des circonstances.

ment doit être écrit sur la lettre de change ou sur une copie de la lettre, ou sur une feuille annexée à la lettre ou à la copie (allonge). Il suffit donc que l'endossement soit « écrit sur la lettre de change », sur une copie, un duplicata ou une allonge. Il n'est pas nécessaire qu'il énonce la valeur fournie, le nom du cessionnaire, la date, la clause à ordre ; il suffira que l'endosseur appose sa signature au dos de la lettre de change, mais il faut qu'elle figure au dos du titre, car, sans cela, l'endossement serait envisagé comme un aval. *L'endossement est valable*, ajoute l'art. 730, *si l'endosseur s'est borné à écrire son nom ou sa raison de commerce au dos de la lettre de change ou de la copie, ou sur l'allonge (endossement en blanc).* Comme on le voit, l'endossement en blanc a la même valeur en droit fédéral que ce qu'on appelle en France l'endossement régulier ; cependant, aussi longtemps qu'il n'est pas rempli (cfr. art. 731), on devra considérer, sauf preuve du contraire à effectuer par la voie civile ou pénale, tout porteur du titre comme endossataire[1], ensorte que l'endossement en blanc offre de grands dangers en cas de perte de la lettre de change. De plus, et toujours dans l'hypothèse où l'endossement en blanc n'est pas rempli, l'endossataire peut en transférer la propriété, comme s'il s'agissait d'un titre au porteur, sans nouvel endossement et par la seule remise de la main à la main ; il va sans dire que, dans ce cas, il n'apparaît point comme endosseur et n'est pas obligé selon les prescriptions spéciales du droit de change. Le porteur d'un effet endossé en blanc n'a le recours spécial en matière de change que contre les véritables endosseurs dont l'endossement satisfait aux conditions de forme des art. 729 et s., non point contre celui qui a transféré la propriété de la lettre de change par voie de simple cession manuelle. Pour obvier, dans une certaine mesure, aux inconvénients de l'endossement en blanc, l'art. 731 dispose : *Tout porteur d'une lettre de change a qualité pour remplir les endossements en blanc, mais il peut l'endosser même sans les avoir remplis.* L'endossement en blanc ne présente pas d'ailleurs que des inconvénients : il permet au porteur de l'effet qui désire réaliser son titre de le transmettre au moyen de sa signature apposée au dos de la lettre, sans qu'il ait à désigner d'avance un preneur qu'il ne connaît pas encore : le preneur peut aussi avoir intérêt à négocier l'effet sans encourir de responsabilité, et alors il demandera que, dans l'endossement qui doit lui transférer le titre, le nom du véritable preneur soit laissé en blanc, afin qu'il puisse, en négociant la lettre de change, y mettre au lieu de son nom celui de la personne à laquelle il la cède[2]. Voir en outre n° 956 *in fine*.

[1] *R. j. f.* VIII, 165.

[2] *A. T. F.* XX, 924 (l'endossement en blanc, qui n'émane pas de l'auteur du gage, suffit, avec la remise du titre ainsi endossé, pour l'engagement de celui-ci).

L'endossement, pour être parfait, doit être accompagné de la remise de la lettre de change en mains de l'endossataire.

964. Le premier effet de l'endossement-cession est de transférer la propriété de la lettre de change, de l'endosseur au bénéficiaire de l'endossement, que nous avons appelé endossataire, bien que ce terme n'ait pas encore été adopté en France. L'endossataire est propriétaire du titre et de toutes les sûretés y attachées. Mais tandis que, d'après l'art. 192 du Code fédéral, le cédant ne répond, dans la cession ordinaire, « de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé », l'endosseur est de plein droit tenu à la garantie du paiement de la lettre au temps de l'échéance. Cette différence s'explique par le fait que, dans la cession civile ordinaire, le cessionnaire connaît en général le débiteur du titre cédé ou peut le connaître facilement; en matière d'endossement, au contraire, où les transferts successifs du titre se font très vite, la plupart du temps d'un lieu à un autre, le cessionnaire doit pouvoir compter sur la garantie légale du cédant, car, à défaut de cela, il n'accepterait l'endossement qu'après avoir pris des informations, il y aurait des pertes de temps fâcheuses pour l'endosseur et, en dernière ligne, l'endossataire réclamerait sans doute une garantie expresse de la part de ce dernier. Pour couper court à toutes difficultés, le législateur a ordonné que la garantie du paiement à l'échéance serait de la nature, sinon de l'essence de l'endossement, et il s'est exprimé à ce sujet comme suit : *L'endosseur est tenu* — art. 732 — *selon les règles particulières en matière de lettre de change, de garantir à tout porteur subséquent l'acceptation et le paiement* (cfr. art. 739 et s. et 749 et s.) *de la lettre, à moins qu'il n'ait ajouté à son endossement les mots : « sans garantie », « sans obligation » ou telle autre réserve analogue ; auquel cas, il n'est pas tenu comme endosseur.* La loi entend par endosseur tout auteur d'un endossement, et en particulier aussi le preneur qui a endossé la lettre de change (cfr. art. 808 et 809), mais non l'endossataire qui, ayant acquis le titre par un endossement en blanc, en a transféré la propriété par remise de la main à la main[1]. A moins d'une clause expresse de non garantie jointe à son endossement, l'endosseur est tenu de l'acceptation et du paiement de l'effet, envers tout porteur subséquent. La clause de *non garantie* doit être écrite, pour être opposable aux tiers de bonne foi. Lorsqu'elle aura été ajoutée à l'endossement, l'endosseur ne répondra que de l'existence de la lettre de change, si cette dernière, par exemple, était l'œuvre d'un faussaire. Il n'y a pas lieu de distinguer, comme le fait M. Jacottet, entre l'endosseur qui est en même temps le tireur et un autre endosseur; l'en-

[1] *Staub*, ad art. 9 § 6 et ad art. 13 § 4. — Mais, même alors, la lettre de change, tout en se rapprochant du titre au porteur, n'en est pas un.

dossement, sans garantie de solvabilité, nous ramène au principe général de l'art. 192, al. 1, du Code fédéral. La jurisprudence allemande décide que la convention expresse par laquelle, lors de la négociation de l'effet, il avait été stipulé que le tireur serait exonéré de toute garantie, autorise celui-ci à se prévaloir de l'*exceptio doli* contre le preneur, lorsque, ce nonobstant, il est recherché en paiement. N'oublions pas que la clause de non garantie insérée dans un endossement n'altère en rien le caractère obligatoire des autres endossements qui ne la contiennent pas. L'exonération de garantie en faveur du tireur ou de l'endosseur, par le tiré ou accepteur, ne peut être également constatée que par écrit[1].

D'après l'art. 733 : *L'endosseur qui a interdit la transmission par les mots « non à ordre », ou par telle autre expression équivalente, est à l'abri de tout recours de la part de ceux auxquels la lettre de change a été transférée au mépris de cette défense.* La clause « non à ordre » n'empêche pas les endossements ultérieurs ; elle leur enlève toute valeur, en ce sens que les endosseurs postérieurs à l'endossataire n'auront aucun recours contre l'endosseur qui avait défendu la transmission du titre, de la manière prévue à l'art. 733. Cet endosseur n'est garant qu'envers l'endossataire lui-même (cfr. art. 727, al. 2).

965. On peut endosser la lettre de change jusqu'à l'échéance, avec tous les effets attachés à l'endossement. On peut l'endosser aussi après l'échéance, et même après le terme fixé pour le protêt faute de paiement (762), lorsqu'un protêt n'a pas été dressé, ou n'a pas été dressé dans les délais et selon les prescriptions de la loi. Ceci résulte de l'art. 734 : *Le porteur d'une lettre de change endossée après le terme fixé pour le protêt faute de paiement (nachdem die Frist... abgelaufen ist ;* le texte allemand indique, avec plus de précision que la traduction française, que le terme fixé pour le protêt doit n'avoir pas été utilisé), *peut poursuivre le tiré qui l'a acceptée, et exercer son recours contre ceux qui ont endossé la lettre postérieurement au même délai. — Si cette lettre de change était acceptée, le paiement doit en être exigé dans les trois ans à partir de son échéance ; si elle ne l'était pas, dans l'année à dater du premier endossement tardif, comme pour les lettres de change à vue* (cfr. art. 750). — *Quant au porteur à qui la lettre n'a été endossée qu'après avoir été protestée faute de paiement, il ne peut exercer que les droits de son endosseur contre l'accepteur, le tireur et les endosseurs antérieurs au protêt ; dans ce cas, l'endosseur* (après protêt) *n'est pas obligé selon les règles spéciales en matière de lettre de change*, — l'effet

[1] *H. E.* IX, 328.

déjà protesté cessant d'être une valeur de circulation. Cet article prévoit une série d'hypothèses que nous devons examiner, chacune séparément :

1° Il résulte du texte de l'art. 734, bien que cela n'y soit pas dit en propres termes, que l'endossement d'une lettre échue, *avant l'expiration* du délai pour protester faute de paiement, a tous les effets d'un endossement qui aurait eu lieu avant l'échéance, pourvu que le protêt ait été dressé en temps utile.

2° Si, en cas d'arrière-endossement, c'est-à-dire d'endossement après l'échéance, soit *après* le temps fixé pour le protêt, la lettre de change *n'a pas été protestée*, le recours du porteur doit naturellement en souffrir, puisqu'en principe l'exercice complet du droit de recours est subordonné à la formalité du protêt. Dans cette éventualité, le porteur a perdu son recours contre les endosseurs antérieurs à l'expiration du délai pour faire protêt et contre le tireur ; il ne peut plus s'en prendre qu'à l'accepteur et aux endosseurs qui auront endossé la lettre de change postérieurement au délai pour dresser le protêt faute de paiement. En effet, les endosseurs postérieurs ne sauraient se prévaloir, pour en faire dériver leur libération, du défaut d'un protêt puisque, par leur endossement, ils ont garanti le paiement du titre. Mais le porteur d'une lettre est, dans ces circonstances, astreint, pour recourir contre ceux qui demeurent tenus envers lui, de présenter et de faire protester. Dans quel délai la présentation et le protêt devront-ils intervenir en l'espèce ? L'art. 734, al. 2, distingue :

a) si la lettre de change *était acceptée*, elle doit être présentée au paiement dans les *trois ans* à partir de son échéance (cfr. art. 749 et s. et 803) ;

b) si la lettre de change *n'était pas acceptée*, la présentation devra en avoir lieu dans *l'année* à dater du premier endossement tardif, comme pour les lettres de change à vue (cfr. art. 750). Si le premier endossement tardif n'était pas daté, il faudrait sans doute calculer le délai d'une année à partir de l'expiration du délai pour dresser protêt.

3° Lorsque la lettre de change a été endossée *malgré le protêt* dressé en temps utile, le porteur ne peut exercer que les droits de son endosseur contre l'accepteur, le tireur et les endosseurs antérieurs au protêt ; l'endosseur lui a cédé son droit de recours tel quel et, en conséquence, le débiteur de la lettre pourra opposer au porteur toutes les exceptions qu'il avait contre le dit endosseur et toutes celles qu'il a contre le porteur lui-même. D'un autre côté, le porteur n'a contre son endosseur immédiat qu'un recours déterminé par les prescriptions des art. 192 et s. et non d'après celles qui sont

particulières à la lettre de change, car un effet déjà protesté cesse, nous le savons, d'être une valeur de circulation[1].

965 *bis*. Mais des lettres de change dont l'échéance est arrivée et qui n'ont pas été protestées peuvent être cédées par de nouveaux endossements. Si elles ont été endossées avant l'expiration du délai utile pour dresser protêt, l'endossataire a son recours contre l'accepteur et tous les signataires antérieurs, moyennant qu'il fasse protester en temps utile. Si le délai de protêt est expiré, sans qu'un acte de protêt ait été dressé, le recours contre les signataires antérieurs est éteint, mais non contre l'accepteur.

966. II. *De l'endossement-procuration*. Il n'est pas rare que l'endosseur veuille seulement transférer à l'endossataire le droit d'opérer le recouvrement de la lettre de change, tout en conservant la propriété du titre. Les endossements qui se font au profit des banquiers ont fréquemment la valeur d'une simple procuration : le porteur reçoit par là le mandat d'encaisser le montant de l'effet. L'art. 735 nous dit : *L'endossement qui porte la mention « pour encaissement », « comme fondé de pouvoirs », ou telle autre formule impliquant mandat[2], ne transfère pas la propriété de la lettre de change, mais donne le droit d'en percevoir le montant, de la faire protester, de poursuivre en justice le paiement de la somme due et de toucher les espèces consignées. — Le porteur, simple mandataire, peut transmettre ses pouvoirs à un tiers moyennant un nouvel endossement valant procuration. — Mais il ne peut pas négocier la lettre de change par un endossement proprement dit, lors même que l'endossement valant procuration contiendrait les mots « ou à son ordre »*. Le mandat résultant d'un semblable endossement est soumis en outre aux règles du mandat ordinaire, en ce qui concerne plus spécialement les obligations du mandataire (art. 395 et s.) et les causes d'extinction de ses pouvoirs (art. 402 et s.). Au surplus, l'endosseur étant demeuré propriétaire de l'effet, le débiteur ne peut opposer au porteur, bénéficiaire de l'endossement-procuration, que les exceptions opposables au mandant et non celles qu'il pourrait avoir contre le mandataire. Bien entendu, l'endossataire par procuration doit, sous sa responsabilité, faire protester, le cas échéant.

967. III. *Endossement-garantie*. Une lettre de change peut aussi être endossée à titre de gage (cfr. art. 214 et n° 963 *in fine*, note) ; cet endossement, appelé aussi pignoratif, autorise le créan-

[1] *R. j.* VIII, 300.

[2] Mais non point la formule « valeur en compte », qui ne saurait emporter endossement-procuration, malgré un jugement reproduit dans *R. j. f.* VIII, 162.

cier-gagiste à demander le paiement de la lettre à l'échéance, il l'oblige à imputer jusqu'à due concurrence sur sa créance le montant de l'effet, s'il l'obtient, et, s'il ne l'obtient pas, il lui confère le droit d'exercer le recours appartenant au porteur non payé.

CHAPITRE V

De la présentation à l'acceptation.

968. On sait que le tiré n'intervient pas lors de la rédaction de la lettre de change ou que, du moins, son intervention est superflue. Il n'apparaît comme obligé envers le porteur que lorsqu'il a accepté la lettre, cette acceptation emportant de sa part l'engagement d'acquitter l'effet au jour de l'échéance. Pour faciliter la négociation de la lettre, le tireur peut la faire accepter au moment de la création du titre ; mais, dans la règle, l'acceptation ne sera fournie que plus tard. Quoi qu'il en soit, le tireur et les endosseurs sont garants envers le porteur de l'acceptation du tiré (ou d'un intervenant) et du paiement de la lettre de change. Lorsque l'acceptation n'aura pas été donnée avant la négociation, il appartiendra au porteur de l'obtenir, et il a toujours le droit, et même, dans certains cas (cfr. art. 737, 743), l'obligation de la requérir. L'acceptation est, dans cette éventualité, précédée de la présentation. Voici les dispositions du Code fédéral sur la matière :

Art. 736 : *Le porteur d'une lettre de change a le droit de la présenter immédiatement à l'acceptation du tiré, et, à défaut d'acceptation dans le délai de vingt-quatre heures* (cfr. art. 91 et 819) *de la faire protester. Toute convention contraire est nulle comme engagement de change. — Il n'y a d'exception que pour les lettres de change payables en foire ou en marché, lorsqu'elles ne peuvent être présentées à l'acceptation et protestées en cas de refus qu'à l'époque fixée par la loi du lieu où se tient la foire ou le marché. — La simple détention* (équivalant à un simple mandat) *de la lettre de change confère le droit de la présenter et de la faire protester faute d'acceptation, mais non le droit de consentir à ce qu'une acceptation déjà écrite soit retirée (biffée) ou restreinte.* La présentation n'est pas obligatoire, avons-nous dit, sauf les cas des art. 737 et 743 ; mais le porteur ne peut la négliger et renoncer à faire dresser le protêt en cas de refus, s'il

entend recourir faute d'acceptation (cfr. art. 744 et s.). Quant à la dernière partie de l'art. 736, elle s'entend de soi ; s'il est nécessaire d'être autorisé par un endossement à présenter la lettre de change au paiement, la simple détention peut conférer la faculté de la présenter à l'acceptation, puisque l'accepteur s'engage à payer non envers l'auteur de la présentation mais envers le porteur dûment légitimé au temps de l'échéance. Par contre, le détenteur ne pourra que présenter et, une fois que l'acceptation est donnée, il lui est interdit d'en autoriser une modification quelconque.

La présentation peut avoir lieu, du reste, jusqu'à la veille de l'échéance ; à l'échéance, la présentation ne peut plus avoir que le paiement pour but.

969. Si la présentation *n'est pas obligatoire* en principe, elle l'est cependant lorsque le tireur impose au porteur l'accomplissement de cette formalité (cfr. art. 743, al. 3 et 4), comme aussi dans l'hypothèse de l'art. 737 : *Le porteur n'est* TENU *de présenter la lettre de change à l'acceptation que dans le cas où elle est payable à un certain délai de vue. — Les lettres de change de cette espèce doivent être présentées à l'acceptation conformément aux indications particulières qu'elles renferment, et, à défaut d'indications, dans le délai d'*UN AN *à compter de leur date* (cfr. art. 722, chif. 6), *sous peine de perte du recours spécial attribué en matière de lettre de change contre les endosseurs et le tireur* (al. 1 et 2). Il est d'un intérêt majeur pour les divers signataires d'une lettre de change payable à un certain délai de vue qu'elle soit présentée sans retard à l'acceptation ; le tireur notamment veut s'assurer que le tiré accepte le mandat de payer et, en cas de refus, il pourra prendre immédiatement les mesures nécessaires, faire juger, par exemple, sans délai, le différend qui s'élève entre lui et le tiré lorsqu'il y avait provision chez ce dernier, et pourvoir à ce que la lettre de change soit payée à l'échéance. Dès lors, notre Code prescrit que les lettres payables à un certain délai de vue *doivent* être présentées, soit en conformité des indications particulières figurant sur l'effet, soit, à défaut d'indications, dans le délai d'*un an* à partir de la date de la création du titre. Le projet du Conseil fédéral adoptait, comme la loi allemande, un délai de deux ans. En fin de compte, on s'est rangé à la proposition de Genève qui recommandait le délai d'un an. Ce délai péremptoire a été fixé, comme nous l'avons écrit, dans l'intérêt du tireur et des autres signataires qui ne peuvent demeurer dans l'incertitude sur le fait important de l'acceptation du tiré, pendant toute la durée du délai de prescription en matière de lettre de change, soit trois ans. On a remarqué, qu'à l'opposé du Code de com. fr., notre loi établit un délai uniforme de présentation, quel que soit le lieu du paiement. Le défaut de présentation dans le délai fixé par les parties ou par la loi emporte, à l'encontre du por-

teur, *déchéance* de son recours spécial en droit de change, aussi bien en ce qui concerne les sûretés (art. 744 et s.) que le paiement (art. 762 et s.). Les endosseurs sont complètement libérés et le porteur n'a plus qu'une action civile (cfr. art. 813, al. 2) contre l'accepteur et le tireur. A d'autres égards, l'al. 3 de l'art. 737 nous apprend ce qui suit : *Si l'endosseur d'une lettre de change de cette espèce a indiqué dans son endossement un délai pour la présentation et que la présentation n'ait pas eu lieu dans ce délai, il est libéré de toutes les obligations qui découlent de la lettre de change* (ou, comme dit le texte allemand : *so erlischt seine wechselmässige Verpflichtung)*, — ce qui signifie qu'il est absolument libéré, puisque le recours civil de l'art. 813, al. 2, n'est pas donné contre l'endosseur. Les obligations de change des endosseurs antérieurs et postérieurs ne s'éteignent, en revanche, avant l'expiration du délai d'un an sans présentation, que si eux aussi ont indiqué un délai particulier qui n'a pas été respecté.

969 *bis*. Comme on l'a fait observer[1], notre loi confond la présentation à l'acceptation et la présentation au visa. La nécessité du protêt, en cas de non acceptation de la part du tiré, est une obligation excessive, car fait et date de la présentation pourraient être constatés par un simple *visa*, et le nombre des recours en serait diminué. C'est dans ce sens que sont rédigés l'art. 22 de la loi belge et l'art. 101 de la loi russe. En particulier, l'art. 22 de la loi belge prescrit : « La date de l'échéance est fixée, soit par la date de l'acceptation, soit par celle du protêt faute d'acceptation, soit enfin par celle du visa apposé sur la lettre par le tiré. »

970. Dans les lettres de change payables à un certain délai de vue, la date de la présentation est essentielle, cette date constituant le *dies a quo* du délai de vue qui servira à déterminer l'échéance. Aussi bien l'art. 738[2] dispose : *Si l'acceptation d'une lettre de change tirée à un certain délai de vue ne peut être obtenue, ou si le tiré refuse de dater son acceptation, le porteur doit faire constater par un* PROTÊT *fait avant l'expiration du délai* (de présentation fixé en conformité de l'art. 737), *qu'il a présenté la lettre en temps utile, sous peine de perdre le recours qui lui compète en vertu des règles spéciales de la matière contre les endosseurs et le tireur* (al. 1). Faisons observer que le protêt mentionné ci-dessus doit être dressé *avant* l'expiration du délai de présentation ; mais il n'y a pas d'autre délai établi à ce sujet. *Dans ce cas*, dit l'al. 2 de notre article, *la date du protêt est réputée être celle de la présentation*. Si le protêt a été dressé tar-

[1] *Verhandlungen*, etc., l. c., 284.
[2] *A. T. F.* XI, 73 (v. ad art. 739).

divement, les endosseurs sont entièrement libérés ; le tireur reste tenu, le cas échéant. en vertu de l'art. 813, al. 2. *S'il n'y a pas eu protêt,* dit encore l'al. 3 de l'art. 738, *l'échéance de la lettre de change se calcule, à l'égard de l'accepteur qui n'a pas daté son acceptation, à partir du dernier jour du délai de présentation.* On admettra sans doute. comme le fait la jurisprudence allemande, que la présomption légale de l'art. 738, al. 3, est absolue et que la preuve que la présentation a eu lieu avant le dernier jour du délai ne serait pas recevable. Quant au paiement, il doit (art. 734) être exigé dans les trois ans. Voici un exemple qui rentre dans l'hypothèse de l'art. 738, al. 3 : Une lettre tirée le 1er Juillet 1904 à quinze jours de vue, est acceptée par le tiré ; mais la date de son acceptation n'est pas indiquée et il n'y a pas eu de protêt dressé. L'échéance, s'il n'a pas été déterminé de délai spécial de présentation, tombera sur le 16 Juillet 1905. — le dernier jour du délai de présentation (art. 737) étant le 1er Juillet même année et les quinze jours de vue s'y ajoutant pour le calcul du temps de l'échéance. En conséquence, le recours contre l'accepteur (art. 734) pourra s'exercer pendant trois ans, soit jusqu'au 16 Juillet 1908. Mais depuis le 1er Juillet 1905, le porteur a perdu son recours spécial et même tout recours contre les endosseurs ; il ne peut recourir contre le tireur que dans les limites de l'art. 813, al. 2.

971. Il convient en outre de placer ici l'art. 743, al. 3 et 4[1], qui nous dit : *Le tireur peut, dans la lettre de change à domicile, imposer au porteur l'obligation de la présenter à l'acceptation. — Le porteur qui ne se conforme pas à cet ordre perd son recours contre le tireur et les endosseurs.* On avait proposé, au cours des débats auxquels a donné lieu la rédaction de notre Code, de biffer les al. 3 et 4 de l'art. 743, attendu que le tireur devait lui-même veiller à ce que la lettre fût acceptée ; cette idée n'eut pas de succès. La *lettre de change à domicile* est celle qui énonce un lieu de paiement autre que le domicile du tiré ; il y a lettre de change à domicile alors que le lieu du paiement serait la localité même où le tiré est domicilié, pourvu que le paiement doive se faire non au bureau de ce dernier, mais chez un tiers, un banquier, par exemple. L'obligation de présenter une lettre de change à domicile ne peut d'ailleurs être imposée que par le tireur, sauf si elle est en même temps payable à un certain délai de vue (cfr. art. 737, al. 3). La présentation se fera au domicile du tiré, non pas au domicile déter-

[1] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXII, 347 (par l'insertion de la clause « payable au domicile de X. », de la part du tireur, une lettre de change à son propre ordre devient une lettre de change domiciliée, si le lieu du domicile du tireur n'est pas le même que celui du domicile indiqué ; et le protêt doit être fait à ce dernier domicile).

miné pour le paiement. En cas de refus d'accepter, un protêt sera dressé au domicile du tiré également (cfr. du reste art. 738). Si un délai spécial n'a pas été fixé pour la présentation, celle-ci sera faite avant l'échéance et, au plus tard, la veille de l'échéance.

CHAPITRE VI

De l'acceptation.

972. 1. *De sa forme.* En principe, le tiré doit, ou accepter la lettre de change, ou refuser de l'accepter. Le refus sera constaté par un protêt (cfr. art. 736, al. 1). L'acceptation est soumise aux conditions de forme qu'indique l'art. 739 : *L'acceptation d'une lettre de change doit être donnée par* ÉCRIT *sur la lettre même. — Toute déclaration écrite sur la lettre de change et signée par le tiré, équivaut à une acceptation pure et simple si elle ne porte pas expressément que le tiré refuse d'accepter ou qu'il n'accepte que sous certaines restrictions. — Il y a également acceptation, lorsque le tiré* — ou son successeur à titre universel — *écrit, sans aucune adjonction, son nom ou sa raison de commerce sur le recto de la lettre de change.* La loi n'exige pas, pour l'acceptation, la mention de la date [1] (v. toutefois art. 737 et 738). Mais il faut que l'acceptation soit *écrite sur* la lettre de change, de l'une ou de l'autre des manières prévues par l'art. 739 ; la formule de l'acceptation peut être imprimée, pourvu que la signature soit apposée à la main [2]. Une acceptation verbale n'est autre chose qu'une promesse autorisant celui à qui elle a été faite à en réclamer l'exécution ; mais ce n'est pas une acceptation dans le sens de la loi. Il en serait de même si elle avait lieu par un acte séparé. L'acceptation est généralement donnée comme suit : le tiré écrit le mot : *accepté*, ou les mots : *je ferai honneur*, ou toute autre formule équivalente sur la lettre elle-même, et il y ajoute sa signature. Mais nous avons vu que notre Code envisageait comme une acceptation régulière toute décla-

[1] *A. T. F.* XI, 73 (le Code fédéral ne prescrit pas que l'acceptation soit datée et il n'établit pas une présomption légale en ce sens qu'une acceptation non datée doive être envisagée comme donnée tel jour plutôt que tel autre, par exemple, au jour de l'échéance ; la date de l'acceptation doit être prouvée par celui qui s'en prévaut). — Cfr. toutefois art. 738 et *Staub*, 75.

[2] *Sem. jud.* 1895, 76.

ration écrite sans réserves sur la lettre par le tiré et signée par lui, ainsi que la simple signature du tiré sur le recto de l'effet. Si la signature du tiré figurait sur le verso de la lettre, sans autre mention, il y aurait endossement en blanc de sa part. Les « restrictions » de l'art. 739, alin. 2, peuvent être de diverse nature, quant à la somme (500 fr. au lieu de 1000), quant à l'échéance (prorogée), quant à la provision (à fournir) ; et ce serait encore une acceptation conditionnelle que la suivante : « Accepté pour X., mais non à ordre » ; cfr. art. 741.

Lorsque, dit l'art. 743[1], *la lettre de change énonce un lieu de paiement autre que le domicile du tiré (lettre de change à domicile), celui-ci doit, lors de l'acceptation, indiquer sur la lettre la personne tenue de payer dans ce lieu, à moins que cette indication ne résulte du titre même. — A défaut d'indication, le tiré est censé vouloir acquitter lui-même la lettre de change dans le lieu désigné pour le paiement* (al. 1 et 2). La présentation doit avoir lieu ici et le protêt doit être dressé, non pas à l'endroit indiqué pour le paiement, mais au domicile même du tiré.

On sait que, règle générale, l'acceptation ne peut être conditionnelle, ou soumise à des restrictions quelconques. Une acceptation qui n'est pas pure et simple ne satisfait pas au vœu de la loi, et le porteur a l'obligation de faire protester dans un cas semblable, sous peine de perdre son recours spécial contre le tireur et contre les endosseurs (art. 744 et s.), car une acceptation conditionnelle équivaut légalement à un refus.

973. 2. *De ses effets*. L'utilité de l'acceptation est évidente, puisqu'il importe beaucoup, pour faciliter la circulation des lettres de change, que l'on soit certain d'avance qu'elles seront payées à l'échéance au lieu convenu. Afin que l'acceptation ne puisse pas être arbitrairement rendue illusoire, la loi la déclare *irrévocable*. C'est un contrat unilatéral qui se forme entre le porteur et le tiré, et l'acceptation est irrévocable en ce sens que, comme dans tout contrat, l'une des parties, soit en l'espèce le tiré, ne peut se dégager de sa seule volonté. Il ne peut non plus se faire restituer contre son acceptation, en prétextant qu'il se serait trouvé sous le coup d'une erreur, ou qu'il l'aurait donnée par suite de manœuvres dolosives, à moins que le porteur ne fût l'auteur du dol. Il pourra, par contre, toujours opposer la violence qu'il aurait subie et son incapacité. Nous sommes conduit à ces divers résultats par le rapprochement des art. 811, 740 et s., 18 et s., 29 et s. et 720. Nous reviendrons, au surplus, sur cette matière en expliquant l'art. 811.

[1] *A. T. F.* IX, 442 (: la création d'une lettre de change à domicile implique entre autres une prorogation de for, soit l'acceptation de la loi du lieu du paiement pour ce qui a trait aux poursuites judiciaires).

L'acceptation une fois donnée, dit l'art. 740, *ne peut plus être retirée ni restreinte en quoi que ce soit, alors même que le tiré n'aurait pas encore rendu la lettre de change au porteur qui la lui avait présentée* (al. 1). En principe, un engagement n'est valable que lorsqu'il a été pris envers la personne à laquelle il doit conférer des droits. Il semblerait donc, qu'aussi longtemps que le tiré n'aurait pas rendu la lettre au porteur, il dût rester libre d'accepter ou de ne pas accepter, d'accepter avec ou sans conditions, ou même de biffer ou de restreindre l'acceptation qu'il aurait déjà faite sur le titre. Il peut certainement accepter ou refuser ; mais, dès que son acceptation a eu lieu dans l'une ou l'autre des formes prévues par la loi, elle ne peut plus être révoquée ni en totalité ni partiellement. Cette rigueur exceptionnelle du législateur s'explique peut-être parce que, dans la matière de la lettre de change, tout est de droit strict et qu'il convient de prévenir des contestations comme celles que provoqueraient vraisemblablement des modifications apportées à l'acceptation primitive du tiré ; mais la règle de l'acceptation *irrévocable* est presque excessive et nombre de pays (Italie, Belgique, Angleterre, Russie, France) l'ont abandonnée[1]. Le 2me al. de l'art. 740 ajoute : *Si le propriétaire de la lettre de change a consenti à ce que l'acceptation fût retirée (biffée) ou restreinte, l'accepteur ne peut opposer ce consentement qu'à celui qui l'a donné et non aux autres intéressés,* — tireur, endosseur, car c'est une *res inter alios acta* qui ne doit point leur nuire.

Pour autant qu'il n'y a pas eu d'acceptation sans réserve, l'art. 741 nous enseigne que : *Le tiré peut restreindre son acceptation à une partie de la somme portée dans la lettre de change* (al. 1). Il peut, par exemple, n'accepter que jusqu'à concurrence de 300 fr. une lettre de change de 500 fr. Il le fera, entre autres, quand le tireur, n'ayant pas pourvu à ce qu'il y eût provision suffisante, n'offre pas de garanties sérieuses de solvabilité. On sait que la *provision* consiste dans une créance que le tireur a contre le tiré et dont ce dernier se libère en acceptant, puis en payant la lettre de change. On sait de plus que la provision n'est pas nécessaire en droit fédéral. Quoi qu'il en soit, si le tiré a restreint son acceptation à une partie du montant de l'effet, protêt doit être dressé pour le surplus aux fins de conserver, jusqu'à concurrence du dit surplus, le recours faute d'acceptation des art. 744 et s. *Si* — al. 2 de l'art. 741 — *l'acceptation est accompagnée d'autres restrictions* (relatives à la prolongation de l'échéance, par exemple), *la lettre de change est réputée non acceptée ; néanmoins l'accepteur demeure tenu, dans les limites de son acceptation, des diverses obligations découlant de la lettre de change.* Protêt devra naturel-

[1] *Actes du Congrès de Bruxelles,* 482 et s ; *Lyon-Caen et Renault,* Traité, IV, n° 215.

lement être dressé dans ce cas, pour sauvegarder le recours faute d'acceptation. Mais une acceptation pareille n'est point nulle, en sorte qu'elle obligera l'accepteur envers le porteur, le tireur et les endosseurs dans la limite des engagements pris et selon les prescriptions spéciales du droit de change.

974. Les effets proprement dits de l'acceptation sont les suivants, aux termes de l'art. 742 : *Par l'acceptation, le tiré est tenu selon les règles spéciales en matière de lettre de change de payer à l'échéance la somme pour laquelle il a accepté* (al. 1). Qui accepte, paie. Cette obligation de payer existe à la charge de l'accepteur au profit de tout porteur qui se légitime comme propriétaire de la lettre de change, ou qui a mandat d'en percevoir le montant. L'accepteur est, au reste, tenu selon les prescriptions particulières du droit de change (cfr. art. 748, 765, 802, 803, 808, 810 à 813 et 720, al. 2). L'accepteur est lié, même dans les cas visés par les art. 721 et 801. *Il s'engage en outre*, dit l'al. 2 de notre article, *même envers le tireur, à satisfaire aux diverses obligations découlant de la lettre de change*. Et l'al. 3 : *Mais il n'a pas contre le tireur les actions qui en dérivent*. La traduction française de ces deux alinéas de l'art. 742 laisse beaucoup à désirer. Elle devrait être conçue comme suit : « Son acceptation l'oblige également envers le tireur selon les règles spéciales en matière de lettre de change. En revanche, il n'a pas contre le tireur le recours spécial en cette matière ». Ceci veut dire que le tireur peut actionner l'accepteur en paiement de l'effet, le cas échéant, suivant les règles particulières du droit de change ; mais que l'accepteur, s'il a payé à découvert, sans qu'il y eût provision pour la totalité ou une partie du montant de la lettre, n'a qu'un recours purement civil contre le tireur, pour ce qu'il a payé à la décharge de ce dernier en accomplissant le mandat d'acquitter la lettre à l'échéance.

MM. Schneider et Fick ont fait remarquer justement, qu'en conformité avec les décisions de la jurisprudence allemande, il y avait lieu de reconnaître que celui qui accepte une lettre de change non remplie quant à la somme, est lié envers tout porteur de bonne foi dans la mesure en laquelle le blanc-seing a été rempli. L'acceptation de semblables lettres de change est donc toujours un acte imprudent[1].

---

[1] *R. O. H. G.*, XIV, 383 ; *Staub*, ad art. 7, § 14.

CHAPITRE VII

Du recours pour obtenir une sûreté.

975. Notre Code donne au porteur de l'effet, en cas de refus par le tiré d'accepter et d'acceptation partielle ou conditionnelle, un *recours pour défaut d'acceptation*, qu'il ne faut pas confondre avec le *recours à raison de l'insolvabilité de l'accepteur*, ni avec le recours faute de paiement. Il sera traité de ces deux premières espèces de recours sous les deux sections ci-après ; le recours faute de paiement est régi par les art. 762 et s. Mais il y a lieu de faire observer que, grâce à l'organisation judiciaire et à la procédure de la plupart de nos cantons, les recours des art. 744 et suiv. n'ont pas une grande portée pratique, du moins quand le droit de recours est contesté (cfr. art. 178 L. P.). Aussi conviendrait-il de les remplacer par un recours en remboursement immédiat, à l'exemple de l'Angleterre et de la Russie.

SECTION PREMIÈRE

Du recours à défaut d'acceptation.

976. Nous avons appris que le porteur n'est, en principe, pas obligé (sauf les cas des art. 737 et 743) de présenter la lettre de change à l'acceptation. Si donc, il préfère ne pas présenter, ou si, ayant présenté, il a subi un refus sans réagir, il n'encourt aucune déchéance, même dans l'éventualité où l'effet ne serait point payé par le tiré. Mais le porteur est investi, à raison du refus d'acceptation, de droits assez importants, du moins en théorie, si bien que, presque toujours, les lettres de change non acceptées d'avance seront présentées à l'acceptation. Ces droits sont consacrés par les art. 744 et s. et 748.

En cas de refus d'acceptation, dit l'art. 744, *ou en cas d'accep-*

tation conditionnelle ou partielle (cfr. art. 741), *les endosseurs et le tireur sont tenus conformément aux règles spéciales en matière de lettre de change de fournir, contre la remise du protêt faute d'acceptation* (cfr. art. 774, 786, 789), *une sûreté suffisante pour garantir le paiement, à l'échéance, du montant de la lettre ou de la fraction non acceptée du dit montant et le remboursement des frais* (cfr. art. 768, chif. 2, et 769, chif. 2) *résultant du défaut d'acceptation* (al. 1). La condition essentielle de l'exercice du recours à fin de sûretés, en cas de refus d'acceptation, est le protêt, qui constatera authentiquement le refus du tiré. La forme de ce protêt est au reste la même que celle du protêt faute de paiement. Ces deux protêts diffèrent cependant en ce qu'ils ont une cause différente et en ce que notre Code ne fixe *point de délai* dans lequel le protêt faute d'acceptation doit être dressé, tandis que le protêt faute de paiement sera fait, au plus tard, le second jour non férié après celui de l'échéance (cfr. art. 762 *in fine*). Le protêt faute d'acceptation n'aura toutefois d'utilité que s'il est dressé avant l'échéance, puisqu'après celle-ci, le tiré ne payant pas, le porteur réclamera non des sûretés mais l'acquittement même de la lettre de change, et puisque d'ailleurs les sûretés en question ont pour objet de « garantir le paiement à l'échéance ». Une fois le protêt faute d'acceptation dressé à temps voulu, le porteur peut, à condition de le leur *remettre*, recourir contre les endosseurs et le tireur et leur demander une sureté suffisante, qui consistera soit en l'aval d'une ou plusieurs personnes solvables, soit en un gage mobilier ou une hypothèque. Le juge statuera, en cas de contestation, sur l'admissibilité comme sur la suffisance des sûretés. Le porteur est autorisé à agir en vertu de l'art. 744 contre le tireur ou l'un des endosseurs, ou quelques-uns d'entre eux, ou tous ensemble, puisque tous les signataires de la lettre de change sont tenus solidairement.

En droit français (C. com. art. 120), les endosseurs et le tireur peuvent, au lieu de fournir une garantie, payer immédiatement le montant de la lettre de change. Le 2me al. de notre art. 744 dispose ce qui suit, sur ce point : *Toutefois les endosseurs et le tireur ont le droit de consigner la somme due, à leurs frais, soit en justice, soit chez un magistrat ou dans un établissement ayant qualité pour recevoir des consignations*; cfr. art. 746, 759.

977. Le droit de recourir en garantie appartient en première ligne au porteur. Mais, selon l'art. 745 : *Le preneur, les endosseurs et le porteur qui ont entre les mains le protêt faute d'acceptation ont le droit de réclamer une sûreté du tireur et des endosseurs précédents et de recourir contre eux, dans ce but, aux moyens d'exécution ou de procédure particuliers à cette matière* (c'est-à-dire particuliers à la matière du droit de change). —

Le demandeur en garantie n'est pas lié par l'ordre des endossements, ni par le choix qu'il avait fait en premier lieu parmi ses garants. — Il n'est pas obligé de produire la lettre de change, ni de justifier qu'il a fourni lui-même une sûreté aux endosseurs qui le suivent. En d'autres termes, il suffit pour exercer le recours des art. 744 et s. : 1° qu'un protêt faute d'acceptation ait été dressé ; 2° que celui contre lequel le recours sera exercé soit un endosseur précédent ou le tireur ; 3° que le recourant ait en mains le protêt faute d'acceptation et soit un endosseur postérieur, mais il n'est pas nécessaire qu'il produise la lettre de change, ni qu'il établisse avoir garanti lui-même ses endosseurs postérieurs. Si la sûreté est fournie — elle ne le sera que contre remise du protêt, — celui qui l'aura donnée pourra recourir contre les endosseurs qui le précèdent et le tireur.

Lorsque les sûretés ne seront pas fournies volontairement, le demandeur devra intenter action de ce chef selon la procédure spéciale en matière de lettre de change. M. Haberstich a soulevé la question suivante : le signataire de la lettre de change, qui n'est pas inscrit au registre du commerce (cfr. art. 720, al. 2), est-il exposé au recours des art. 744 et s. ? Nous croyons, avec M. Haberstich, que l'affirmative n'est pas douteuse. Le Code ne prévoit pas le cas dans lequel endosseurs et tireur ne fourniraient pas les sûretés exigées. Cette éventualité ne se produira guère. M. Jacottet croit que le porteur a alors « le droit de poursuivre le tireur et les endosseurs en paiement de la lettre de change ». C'est aller trop loin, évidemment. Le porteur obtiendra un jugement qui lui accordera des sûretés ; il l'exécutera. Et, dans l'intervalle, l'échéance sera arrivée, ensorte qu'il pourra actionner en paiement, si les sûretés ne lui étaient pas fournies à ce moment. Mais l'échéance ne saurait être avancée à raison du défaut de sûretés.

978. Quels sont les *effets* des sûretés fournies ? L'art. 746 dit : *La sûreté fournie garantit non seulement celui qui l'a obtenue, mais encore tous ceux qui suivent le tireur ou l'endosseur dont elle provient, s'ils réclament de lui une sûreté* (al. 1). Il serait excessif de pouvoir demander qu'un premier endosseur fournît une sûreté spéciale à ses dix ou vingt endosseurs subséquents. Dès lors, la sûreté une fois fournie garantit, et celui qui l'a obtenue directement, et tous ceux qui suivent le signataire de la lettre dont elle émane, à la seule condition que ces derniers réclament la dite sûreté. L'al. 2 du même article ajoute : *Ils ne peuvent en exiger une plus ample qu'autant qu'ils ont des objections fondées à faire valoir contre la nature ou la quotité de celle qui a été fournie.*

Le début de l'art. 747 est mal traduit. Tandis que le texte allemand explique avec beaucoup de précision que : *die bestellte Sicherheit muss zurückgegeben werden* (la sûreté fournie *doit* être ren-

due), le texte français dit en termes fort vagues : *Il n'y a pas lieu de maintenir la sûreté fournie :*

1° *lorsque la lettre de change est acceptée postérieurement pour le tout ;* la sûreté est désormais sans objet, puisqu'elle a été donnée à raison du défaut d'acceptation et qu'une acceptation est intervenue ;

2° *lorsque celui qui a fourni la sûreté n'a pas été poursuivi en paiement dans le délai d'une année à partir de l'échéance de la lettre de change ;*

3° *lorsque la lettre de change a été payée ou qu'elle a perdu son caractère et ses effets de lettre de change (Wechselkraft),* — envers celui qui avait fourni la sûreté et qui n'est plus tenu en conformité des règles spéciales du droit de change.

On s'est demandé si le porteur pouvait se prévaloir de la sûreté, lorsqu'en fait et malgré l'existence de l'un des cas de l'art. 747, elle n'avait *pas été rendue.* Nous ne sommes pas d'accord avec M. Jacottet, qui incline à admettre l'affirmative. Evidemment, dans la première éventualité de l'art. 747, la sûreté tombe, comme telle, dès l'instant où la lettre d'abord refusée a été acceptée, puisqu'elle garantit uniquement le défaut d'acceptation. Dans l'espèce du chif. 2 du même article, le droit de faire valoir la sûreté est éteint par prescription. Dans l'hypothèse du chif. 3, la sûreté est devenue sans objet. D'ailleurs la loi ne dit-elle pas que, dans l'un et l'autre de ces cas, la sûreté *doit* être rendue ?

Il va sans dire que la sûreté peut être rendue avant l'arrivée des faits énumérés à l'art. 747, lorsque tous les intéressés y consentent.

979. Nous devons toucher en passant une question que le Code fédéral n'a pas tranchée. Si le refus d'acceptation a des conséquences importantes relativement aux droits du porteur, quelle est la part de *responsabilité qu'il impose au tiré envers le tireur ?* Quand il n'a existé entre eux aucun rapport de débiteur à créancier et qu'en outre le tiré n'avait pris aucun engagement d'accepter, il est certain que toute idée de responsabilité est exclue. Il en est autrement, pensons-nous, lorsque le tiré est envers le tireur débiteur d'une somme liquide et exigible et que tous deux sont commerçants. Les usages du commerce autorisent ce mode de procéder entre négociants et pour dettes commerciales. Si donc le tiré refusait d'accepter, dans ces circonstances, le tireur pourrait lui demander la réparation du préjudice causé, préjudice qui consisterait essentiellement dans les frais de protêt.

980. Voir l'espèce de l'art. 779. Et, pour la *procédure* à suivre, dans les cas des art. 744 et s., consulter l'art. 178, chif. 2, L. P.

SECTION DEUXIÈME

Du recours à raison de la solvabilité insuffisante de l'accepteur.

981. En principe, le porteur n'a, avant l'échéance, plus rien à réclamer du tiré qui a accepté. A ce principe, la loi fait trois exceptions que nous trouverons à l'art. 748[1], dont voici la teneur : *Si la lettre de change a été acceptée pour le tout ou pour partie, il ne peut plus être demandé de sûreté pour la somme acceptée que dans les cas suivants :*

1° *lorsque l'accepteur est déclaré en faillite* (« *ou qu'il a fait cession de biens* »), — et dès l'instant du jugement déclaratif de faillite, car l'un ou l'autre de ces événements enlève à l'acceptation presque toute son utilité ;

2° *lorsqu'il a suspendu ses paiements*, — et aussi longtemps que dure la suspension de paiements, à laquelle on assimilerait une demande de concordat[2] ;

3° *lorsque, postérieurement à la création de la lettre de change, une procédure en exécution forcée a été dirigée contre lui pour l'acquittement d'une dette quelconque, et qu'elle est restée sans résultat pour tout ou partie de la dite dette.* A quel moment la procédure d'exécution doit-elle être « restée sans résultat », pour que des sûretés puissent être exigées de l'accepteur ? Sans doute, lors de la saisie déjà (voir n° 949). Si la valeur, estimée par l'huissier, des objets saisis n'est pas égale au montant de la créance en vertu de laquelle l'exécution est poursuivie (tous légitimes accessoires y compris), la procédure en sûretés peut être introduite contre l'accepteur. S'il fallait attendre jusqu'à la fin de la liquidation des biens expropriés, la garantie de l'art. 748, chif. 1, serait illusoire dans la plupart des cas.

982. Les sûretés doivent être demandées en première ligne à l'accepteur, car celui-ci peut encore trouver une caution ou désintéresser le créancier poursuivant. Voici, d'ailleurs, ce que l'art. 748,

[1] *R. j. f.* VI, 84 (: l'art. 748 a pour effet d'avantager le créancier d'une lettre de change par rapport aux créanciers qui tirent leurs droits d'un autre contrat ; si cet avantage est lié à certaines conditions restrictives, il n'en résulte pas que le droit à des sûretés accordé par la législation cantonale à *toutes* les créances non garanties soit, pour les dettes de change, exceptionnellement limité aux termes de l'art. 748 et que ces dettes de change soient, en vertu du droit fédéral, plus mal traitées que d'autres).

[2] *Sem. jud.* 1894, 633.

al. 2, renferme sur ce point : *Dans ces divers cas, si l'accepteur ne fournit pas de sûretés, qu'en conséquence il soit dressé protêt* (à raison de l'insolvabilité insuffisante de l'accepteur), *et qu'il résulte de ce protêt qu'il est impossible d'obtenir l'acceptation des personnes éventuellement désignées sur la lettre de change pour la payer* « *au besoin* » (cfr. art. 774 et s.), *l'un quelconque des endosseurs et le porteur peuvent, contre la remise du protêt, exiger une sûreté des endosseurs précédents ainsi que du tireur*. Le recours contre les endosseurs précédents et le tireur ne peut donc être exercé qu'après qu'un protêt, constatant l'insolvabilité de l'accepteur, son défaut de fournir des sûretés, la non-acceptation de la part des intervenants désignés, a été dressé, et contre la remise de ce protêt. *La simple détention de la lettre de change*, ajoute le 3me alinéa du même article, *vaut procuration pour exiger une sûreté de l'accepteur, dans les cas énoncés au présent article 1°, 2° et 3°, et pour faire dresser un acte de protêt, si elle n'est pas fournie*. Les sûretés seront fournies de la même manière que dans l'espèce prévue à la précédente section (gage, cautionnement, etc.). D'un autre côté, le protêt devra toujours être dressé contre l'accepteur personnellement, même si ce dernier était déclaré en état de faillite.

Une fois la sûreté fournie, elle sera maintenue jusqu'au paiement ou jusqu'à ce que l'effet accepté aura perdu son caractère de lettre de change, car elle serait alors sans cause légale ; mais il n'est pas admissible d'appliquer par analogie l'art. 747 et de décider que la sûreté tombera dès que la circonstance qui a donné lieu à la procédure en sûretés n'existera plus, car la disparition de cette circonstance ne suffit pas pour refaire la solvabilité de l'accepteur.

Enfin, le dernier alinéa de l'art. 748 dispose : *Dans les cas énoncés aux numéros 2 et 3* (suspension de paiement, expropriation), *le porteur de la lettre de change qui justifie de sa propriété peut aussi, pour obtenir une sûreté, recourir contre l'accepteur aux moyens d'exécution ou de procédure spéciaux en matière d'engagements de change*. Il faudra donc, dans cette éventualité, être possesseur du protêt et de la lettre de change pour exercer le recours.

983. Pour la *procédure* à suivre, voir l'art. 178, chif. 2, L. P.

CHAPITRE VIII

De l'exécution des obligations résultant de la lettre de change.

SECTION PREMIÈRE

De l'échéance.

984. 1. *Lettre de change payable à jour fixe.* Nous n'avons pas à revenir sur les art. 87 et s. qui renferment des dispositions générales concernant l'échéance des obligations. L'art. 749 nous dit : *La lettre de change payable un jour déterminé est échue ce jour-là* (cfr. art. 761). — *La lettre de change payable au commencement ou à la fin d'un mois est échue le premier ou le dernier jour du mois. — La lettre de change payable au milieu d'un mois est échue le quinze du dit mois.* Si le jour ou l'époque déterminée tombe sur un dimanche ou un jour férié, l'échéance est reportée au lendemain, tandis qu'en droit français (C. com. art. 134), la lettre est, dans ces circonstances, censée échue la veille ; cfr. art. 819, al. 1.

Nous pouvons faire rentrer ici l'art. 754 relatif aux *lettres de change payables en foire ou marché*, soit aussi à une époque déterminée. D'après ce texte : *Les lettres de change payables en foire ou en marché sont échues le jour fixé pour le paiement par la loi du lieu où se tient la foire ou le marché, et, à défaut d'une telle fixation, le jour qui précède la clôture légale de la foire ou du marché. — Si la foire ou le marché ne dure qu'un jour, ce jour est celui de l'échéance.* Il paraît que la disposition du premier alinéa de notre article ne trouve son application qu'à St-Gall.

985. 2. *Lettres de change payables à vue.* On verra que le délai de présentation des lettres de change à vue peut être fixé sur la lettre, soit par le tireur, soit par l'endosseur. S'il n'est pas déterminé ainsi, la loi fixe elle-même un délai d'une année à partir de la date de la lettre. Mais voici ce que prescrit l'art. 750 : *La lettre de change à vue est échue le jour de la présentation. — La présentation doit avoir lieu conformément aux indications énoncées dans*

la lettre et, à défaut d'indications, dans le délai d'un an à partir de sa date ; sous peine pour le porteur de perdre le recours spécial qui lui compète en vertu de la lettre de change contre les endosseurs et le tireur (al. 1 et 2). C'est donc dans le délai d'une *année* à partir de la date de la lettre de change que celle-ci doit être présentée, si elle ne contient pas d'indication particulière à cet égard. Ce délai est péremptoire, comme aussi celui fixé sur l'effet par le tireur ou les endosseurs ; s'il n'a pas été utilisé, le porteur est déchu de son recours spécial contre les endosseurs et le tireur, ou contre l'endosseur seulement s'il s'était borné à ne pas observer le délai fixé par ce dernier dans son endossement (cfr. al. 3 de l'art. 750), et il n'a plus que le recours de l'art. 813. Le délai d'un an adopté par le Code a soulevé quelque discussion ; le projet du Conseil fédéral avait adopté, à l'exemple de la loi allemande, un délai de deux ans ; on sait que le Code de commerce français admet un délai de présentation variable suivant les distances (art. 160).

Contrairement à diverses opinions émises dans le sens de l'abrogation de l'al. 3 de l'art. 750, cet alinéa fut maintenu dans les termes suivants : *L'endosseur d'une lettre de change à vue qui a indiqué dans son endossement un délai déterminé pour la présentation, est libéré des obligations spéciales découlant de la lettre de change, si la présentation n'a pas été faite dans ce délai.* Comme on le voit, notre loi permet à chaque endosseur d'abréger, par une simple mention ajoutée à son endossement, le délai fixé par le tireur ou par l'art. 750 pour la présentation des lettres de change à vue. La Société industrielle et commerciale vaudoise a critiqué cette disposition. « Si, lisons-nous dans son rapport, les auteurs de l'article avaient un peu pratiqué le commerce du papier de change, ils auraient senti tout le danger que présente une telle faculté, car il ne faut pas croire que l'on prenne la peine de lire tous les endossements d'un effet ; en outre, il se peut qu'ils soient illisibles ou écrits dans une langue inconnue au porteur. » Ces raisons, très concluantes cependant, n'ont point prévalu. On a allégué que cette faculté n'avait pas entraîné de conséquences fâcheuses en Allemagne, où elle existe.

Le 4me al. de l'art. 750 dit encore : *Quant aux lettres de change payables à vue, qui ont été acceptées sans indication de date et dont la présentation n'a pas été constatée par un protêt, elles sont censées échues le dernier jour du délai de présentation.* Cette prescription est étrangère au droit commercial allemand. Les lettres de change à vue ne sont pas présentées à l'acceptation, puisqu'elles sont échues le jour même de la présentation, pourvu que celle-ci soit constatée suivant les formes légales. En général, l'effet sera payé au moment de sa présentation. Si le paiement n'intervenait pas, la présentation serait constatée régulièrement, soit par un protêt (art. 762), soit par une acceptation *datée*, à partir de la date

de laquelle se calculeront le délai pour dresser protêt faute de paiement et la prescription de l'art. 803. Mais si l'acceptation n'est pas datée, l'échéance de la lettre ne sera déterminée que par un protêt constatant la présentation au paiement ou par le dernier jour du délai de présentation. La présentation au paiement et le protêt peuvent d'ailleurs se faire pendant toute la durée du délai de présentation. En résumé, l'acceptation d'une lettre de change à vue n'emporte échéance que lorsqu'elle est datée.

986. 3. *Lettres de change payables à un certain délai de vue ou de date*. Notre loi leur applique en somme les dispositions générales de l'art. 88, ensorte que nous pouvons nous contenter de transcrire l'art. 751 : *L'échéance des lettres de change payables à un certain délai de vue ou de date est fixée comme suit :*

1° *Si le délai est fixé par jours, la lettre est échue le dernier jour du délai ; on ne compte pas dans la supputation le jour dont elle porte la date si elle est à tant de jours de date, ni le jour où elle a été présentée à l'acceptation* (cfr. art. 737 et 738) *si elle est à tant de jours de vue ; si le délai est de huit ou de quinze jours, on entend par là, non pas une ou deux semaines, mais huit ou quinze jours pleins.*

2° *Si le délai est fixé par semaines, la lettre est échue le jour de la semaine de paiement qui, par son nom, correspond au jour de la création ou de la présentation de la lettre.*

3° *Si le délai est fixé par mois ou par un laps de temps comprenant plusieurs mois (année, semestre, trimestre), la lettre de change est échue le jour du mois de paiement qui, par son quantième, correspond au jour de la création ou de la présentation de la lettre de change ; s'il n'y a pas de jour correspondant dans le mois, elle est échue le dernier jour du dit mois.*

L'expression « demi-mois » équivaut à un délai de quinze jours. Si la lettre de change est payable à un ou plusieurs mois, plus un demi-mois, les quinze jours doivent être comptés en dernier lieu.

Il est nécessaire, pour bien comprendre l'art. 753, de savoir ce que l'on entend par « l'ancien style ». On sait que nous vivons sous le régime du calendrier grégorien, dont le pape Grégoire XIII prescrivit l'usage en 1582. Les Russes et les Grecs seuls ne s'associèrent pas à cette réforme et conservèrent le calendrier julien ; leurs dates retardent en conséquence de douze jours sur celles des autres Etats de l'Europe. L'art. 753 dispose : *Si une lettre de change, payable en Suisse à un certain délai de date et tirée d'un pays où l'ancien style est en usage, ne porte pas qu'elle est datée d'après le nouveau style, ou si la date est exprimée sous les deux formes, l'échéance se calcule en prenant pour point de départ le*

jour qui, dans le nouveau calendrier, correspond au jour de la création d'après l'ancien style. Voici un exemple : une lettre de change est créée à Moscou le 1er Février et payable à un mois de date, en Suisse ; on fait le calcul suivant : 1er Février + 12 jours (dont le calendrier grégorien avance sur le julien) = 13 Février + 1 mois = 13 Mars.

987. *Disposition commune.* L'art. 1244 du C. civ. fr. permettait aux juges d'accorder au débiteur des délais modérés pour le paiement, lorsque sa position paraissait commander une semblable faveur. Le Code de com. fr. et toutes les législations commerciales modernes, considérant que les lettres de change doivent être payées avec exactitude au jour fixé, renferment une disposition analogue à celle de l'art. 752, ainsi conçu : *Il n'y a point de délai de grâce*, — en matière de droit de change, ni d'ailleurs en d'autres matières, d'après notre Code fédéral des obligations.

SECTION DEUXIÈME

Du paiement.

988. Il s'agit en tout premier lieu de savoir qui a qualité pour réclamer le paiement de la lettre de change. La possession de l'effet est indispensable, mais elle ne suffit pas ; le possesseur doit se légitimer comme propriétaire. De quelle manière ? L'art. 755 nous répond en ces termes : *Le porteur d'une lettre de change endossée* (si elle n'est pas endossée, le preneur est légitimé par la possession de la lettre ; cfr. art. 722, chif. 3) *justifie de sa propriété par une suite non interrompue d'endossements descendant jusqu'à lui. — En conséquence, le premier endossement doit être signé du nom du preneur et chaque endossement suivant du nom de la personne désignée par l'endossement qui précède immédiatement. — Si un endossement en blanc est suivi d'un autre endossement, il y a lieu d'admettre* (le texte allemand dit avec plus de précision : *so wird angenommen* ; il y a ici une présomption légale qui ne peut être combattue par la preuve du contraire) *que le signataire de ce dernier endossement a acquis la lettre de change par l'endossement en blanc. — Lorsqu'il s'agit de vérifier les droits de propriété du porteur, les endossements biffés sont réputés non écrits* (al. 1 à 4). La simple détention de la lettre n'autorise qu'à la présenter, à dresser le protêt faute d'acceptation et à réclamer une sûreté (cfr. art. 748). Pour avoir qualité de présenter au paiement et d'exercer le recours faute de paiement, il faut (cfr. tou-

tefois art. 735) établir son droit de propriété sur la lettre détenue, et cela en conformité des règles ci-dessus. Si les endossements sont portés sur une copie, la possession de cette dernière est aussi nécessaire ; s'il y a plusieurs duplicata, il faudra posséder celui qui contient les endossements. Le Tribunal fédéral a rendu[1], à propos de l'art. 755, l'importante décision suivante, dont nous résumons les parties essentielles : L'art. 755, qui exige pour la justification des droits du porteur une suite non interrompue d'endossements descendant jusqu'à ce dernier, découle de l'idée que l'endossement est la forme du transfert de la propriété en droit de change ; cette disposition légale peut, par conséquent, être comprise en ce sens seulement que le porteur d'un effet de change justifie de son droit de propriété par une suite non interrompue d'endossements le faisant apparaître *lui-même* comme propriétaire de l'effet. En revanche, le preneur d'un effet de change qui l'a négocié et dont l'endossement figure non biffé sur l'effet, seul ou suivi d'autres endossements, ne peut pas justifier de son droit de propriété par les inscriptions *(Wechselerklärungen)* qui précèdent son endossement, jointes à la possession de l'effet, bien que ces inscriptions soient en rapport direct les unes avec les autres. En pareil cas, le texte même de l'effet est contraire au droit du porteur, attendu qu'il en résulte qu'il s'est dessaisi de la propriété de l'effet. La circonstance que le porteur peut biffer les endossements qui suivent celui dont dérive son droit ne change en rien la question. Des endossements qui ne sont pas effectivement biffés peuvent, par suite de la nature stricte du droit de change, être considérés comme l'ayant été par le seul fait qu'ils auraient pu l'être ou qu'on aurait eu le droit de les biffer.

989. *Celui qui paie*, ajoute l'al. 5 de l'art. 755, *n'est pas tenu de vérifier l'authenticité des endossements*. Il se libérerait donc valablement en payant entre les mains d'un porteur auquel la lettre de change aurait été transférée en vertu d'un endossement falsifié et même dont la fausseté sauterait aux yeux, car il n'a aucune obligation de « vérifier l'authenticité des endossements » dont la succession légitime le porteur. Par contre, il peut opposer à celui-ci que l'endossement dont il prétend tirer son droit de propriété n'est pas authentique et que la légitimation n'existe pas. Il n'est point contestable, au surplus, que celui qui paie doit vérifier l'*identité* de la personne du porteur avec le dernier endossataire, du moins quand le dernier endossement n'est pas en blanc. S'il y avait connivence criminelle entre le porteur et l'auteur du paiement, il va sans dire que le paiement pourrait être attaqué.

[1] *A. T. F.* XII, 323 et s. : cfr. *ibid.*, XXVI², 685 et s., et *R. j. f.* XXII, 70 (arrêt du T. F., du 17 Octobre 1903).

990. Le paiement de la lettre de change doit avoir lieu en totalité. Mais tandis que l'art. 78 du Code fédéral, auquel déroge d'ailleurs l'art. 123 L. P., prescrit que le créancier peut refuser tout paiement partiel, lorsque la dette est liquide et exigible, l'art. 757 dispose : *Le porteur d'une lettre de change ne peut refuser le paiement partiel qui lui est offert, encore que l'acceptation ait été donnée pour la somme entière* (cfr. art. 758, al. 2). Cette exception au principe général de l'art. 78 a été introduite dans l'intérêt des endosseurs précédents et du tireur. L'art. 156 du Code de com. fr. était beaucoup moins catégorique ; l'art. 38 de la loi allemande a été textuellement reproduit par notre loi. Mais comme le veut le 2me alinéa de l'art. 758 : *S'il* (le débiteur de la lettre) *fait un paiement partiel, il peut seulement exiger que ce paiement soit mentionné sur la lettre de change et que quittance lui en soit donnée sur une copie de la lettre*. Au demeurant, le porteur qui veut sauvegarder son droit de recours doit faire protester la lettre pour le montant non payé.

Quand le paiement est offert en totalité, et d'une manière régulière d'ailleurs, c'est-à-dire à l'endroit et au temps fixés, l'art. 758, al. 1, nous dit : *Le débiteur de la lettre de change n'est tenu de la payer que contre remise de la lettre acquittée* (cfr. art. 783 et s.). En cas de perte de la lettre, on applique les art. 791 et s. Si la lettre avait été remise non quittancée au débiteur, celui-ci serait au bénéfice de la présomption légale de l'art. 104. Le « débiteur » de l'art. 758, al. 1, s'entend, au reste, nous dit M. Hafner, non seulement de l'accepteur, mais encore du souscripteur d'un billet de change, de l'intervenant qui a accepté et même du tiré ou de l'intervenant qui paient sans acceptation préalable.

Le paiement a lieu à l'échéance. Selon l'art. 760 : *Le porteur d'une lettre de change ne peut être tenu d'en recevoir le montant avant l'échéance ; si ce paiement a lieu par anticipation, c'est aux frais et risques de celui qui l'effectue*, — dans l'éventualité où il se révélerait, entre l'époque du paiement et l'échéance, que la lettre a été acquittée entre les mains d'une personne qui n'avait aucune qualité pour en recevoir le montant. Cet article 760, conforme aux art. 144 et 146 du C. com. fr., comble une lacune du droit commercial allemand. Il fait exception au principe de l'art. 94.

991. L'échéance ne saurait être librement prorogée par le porteur. Les premiers projets ne contenaient aucune disposition relative aux prorogations d'échéance si fréquentes en matière de lettres de change. Les Chambres adoptèrent, sur la proposition de la Commission du Conseil national, un article nouveau, qui est devenu notre art. 761 : *Si le porteur de la lettre de change a accordé à l'accepteur une prolongation de l'échéance, il perd ses droits contre ceux des endosseurs précédents* (le texte allemand dit : *Vormän-*

ner, ensorte que le tireur et le donneur d'aval[1] sont aussi compris dans ce mot) *qui n'ont pas consenti à cette prolongation*. Les « droits » que perd le porteur s'entendent de son droit de recours (cfr. art. 762 et 767 et s.). Par le fait de la prorogation, il naît entre le porteur et l'accepteur une nouvelle dette ; les droits et obligations qui en découlent n'ont d'effet qu'à l'égard des nouveaux contractants et ne concernent plus les signataires antérieurs. Si les endosseurs et le tireur consentent à la prorogation, celle-ci ne nuit en rien aux droits du porteur à l'encontre de ceux qui y ont donné leur assentiment. M. Jacottet admet avec raison que l'art. 761 s'applique aussi au tiré non accepteur.

992. *Si* — art. 759 — *le paiement de la lettre de change n'est pas demandé à l'échéance, l'accepteur peut, après l'expiration du délai de protêt faute de paiement* (cfr. art. 762), *en consigner le montant aux frais et risques du porteur, soit en justice, soit chez un magistrat ou dans un établissement ayant qualité pour recevoir des consignations. Il n'est pas nécessaire de citer le porteur*. Cette faveur n'est accordée qu'au tiré accepteur, comme le décident MM. Schneider et Fick. Le défaut de consignation n'expose pas l'accepteur aux suites du retard, aux intérêts moratoires, par exemple. La consignation a pour but unique de lui permettre de se libérer ; elle peut avoir lieu dès que le jour de l'échéance s'est passé sans que la lettre soit présentée au paiement. Lorsque l'accepteur s'est engagé à payer au domicile du créancier, il ne peut consigner que sous les conditions posées aux art. 106 et 107.

993. Le paiement sera effectué en monnaie du pays. *Lorsque*, dit l'art. 756, *la lettre de change est stipulée payable en une monnaie qui n'a pas cours dans le lieu du paiement ou en une monnaie de compte* (c'est-à-dire qui n'est pas représentée par du numéraire, comme les guinées), *le paiement peut être fait en monnaie du pays au cours existant le jour de l'échéance, à moins que le tireur n'ait expressément prescrit, par les mots « valeur effective » ou par une autre formule analogue, que le paiement eût lieu dans la monnaie indiquée sur la lettre de change* (cfr. art. 97).

---

[1] *Sem. jud.* 1892, 237.

CHAPITRE IX

Du recours faute de paiement.

994. I. *Par qui et sous quelles conditions il peut être exercé.* Le but du recours faute de paiement est de procurer l'acquittement de la lettre de change au légitime propriétaire de l'effet, lorsque le tiré ne s'est point exécuté ou ne s'est exécuté qu'en partie, et de permettre à l'auteur du paiement de se faire rembourser par les signataires antérieurs, s'il en existe. Le droit de recours appartient donc au porteur de même qu'à l'endosseur qui a remboursé la lettre ou l'a reçue en retour. Les conditions particulières de la circulation des lettres de change exigent que la procédure en matière de recours soit aussi sommaire que possible, afin que les divers intérêts qui sont en jeu soient absolument sauvegardés. Notre loi avait à choisir entre deux systèmes : l'un, adopté en Angleterre et en Amérique, d'après lequel le défaut de paiement, constaté par un protêt, doit être signifié aux signataires antérieurs, pour que ceux-ci prennent leurs mesures, cette signification devant être faite dans un certain délai ; l'autre, dont se rapproche la loi allemande et que notre Code fédéral s'est approprié, *n'ordonne pas cette notification aux signataires antérieurs*, mais soumet l'exercice du droit de recours à de courtes prescriptions [1].

995. L'art. 762 [2] est conçu en ces termes : *Pour qu'un recours faute de paiement puisse être exercé contre le tireur et les endosseurs, il faut* (cfr. art. 737, 738, 743, al. 3 et 4, 780, 786, 789 ; cfr. aussi art. 813, al. 1) :

1° *que la lettre de change ait été présentée au paiement.* Il importe peu que la lettre ait été ou non acceptée préalablement. La présentation doit avoir lieu le jour de l'échéance, soit par le por-

[1] M. Haberstich conseille avec raison de notifier quand même le protêt, lorsque le recours doit être exercé contre un signataire antérieur domicilié dans un pays où la loi exige une notification. Il est vrai que c'est la législation du lieu du paiement qui est déterminante sur ce point ; mais il n'est pas sûr que des tribunaux étrangers adoptent toujours ce principe.

[2] *A. T. F.* XII, 332 (voir ad art. 815); *R. j. f.* I, 87 (cité ad art. 394).

teur légitimé en conformité de l'art. 755, soit par un mandataire autorisé à encaisser (cfr. art. 30. 38, 735). et cela à l'endroit désigné pour le paiement. L'art. 750 demeure réservé pour les lettres de change à vue qui n'auraient pas été présentées dans le délai fixé ou dans le délai légal. Il résulte, au surplus, de l'art. 759 que la présentation peut encore se faire utilement le jour du protêt. l'accepteur n'ayant la faculté de consigner « qu'après l'expiration du délai de protêt faute de paiement ». Et puis, le protêt dont nous allons parler suppose forcément une présentation ;

2° *que cette présentation et le défaut de paiement aient été constatés par un protêt dressé en temps utile* (al. 1) — et par un officier ministériel compétent. La loi envisage le protêt comme un acte nécessaire. qu'aucun autre ne saurait suppléer (cfr. art. 763) ; le protêt faute d'acceptation ne dispense pas de l'obligation de dresser le protêt faute de paiement. car il n'est pas impossible que le tiré qui a refusé la lettre la paie cependant à l'échéance. C'est contre le tiré que le protêt doit être requis ; s'il était en état de faillite, c'est de même contre lui, personnellement, qu'il faudrait protester[1]. *Le protêt*, ajoute l'art. 762. al. 2, *ne peut être fait le jour même de l'échéance : il doit être dressé au plus tard le second jour non férié après celui de l'échéance*, — sous peine des conséquences exprimées à l'art. 813. conséquences qu'entraîne aussi le *défaut de présentation*. Tandis que la loi allemande adopte le même délai de deux jours, mais permet de protester déjà le jour de l'échéance, l'art. 162 du Code de com. fr. détermine que le protêt doit être fait « le lendemain du jour de l'échéance ». ni avant ni après. En somme. notre loi s'est bornée à étendre d'un jour le délai du droit français. et, en Suisse, le protêt sera nécessairement dressé dans les *deux jours qui suivent celui de l'échéance ;* le protêt dressé avant ou après ce délai serait irrégulier et partant de nulle valeur. Quant à sa *forme*, nous renvoyons aux art. 814 et s., dont il sera traité plus loin. Les art. 803 et s. nous apprendront dans quels délais le porteur et les endosseurs sont tenus d'agir pour conserver leurs droits. Disons encore une fois que le protêt et la présentation préalable. ou même simultanée. sont les seules conditions mises par la loi à l'exercice du recours.

995 *bis*. Le protêt d'un effet de change échu un *jour férié*, le dimanche par exemple. peut être dressé valablement le troisième jour ouvrable après l'échéance, soit le deuxième jour ouvrable après le jour du paiement, ainsi, dans ce cas, le mercredi. — *nach dem*

[1] *H. E.* VI, 367. — Si le tiré était *décédé*, la formalité du protêt n'en devrait pas moins être remplie au dernier domicile du défunt, où l'officier ministériel constaterait que, vu le décès, le tiré n'a pu être sommé de payer ; on n'a pas à s'occuper des héritiers à ce moment ; *Staub*, ad. art. 88, § 18.

Zahlungstage, dit le texte allemand, au lieu de « jour de l'échéance », qui signifie ici le jour de l'échéance *utile*. D'autre part, un effet de change échu un samedi pourrait être valablement protesté le mardi, attendu qu'il ne faut point comprendre dans le délai de deux jours accordé pour dresser protêt, le ou les jours fériés suivant l'échéance, — *am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage*, dit le texte allemand[1].

996. L'art. 763 mentionne un cas dans lequel le protêt n'est point nécessaire : *L'ordre de ne pas faire protêt (« sans protêt », « sans frais », etc.) dispense du protêt mais ne dispense pas de l'obligation de présenter la lettre de change en temps utile* (al. 1), — quoiqu'on puisse aussi dispenser de l'obligation de présenter. Cet ordre, qui peut d'ailleurs être donné sur la lettre de change ou sur un écrit séparé ou même verbalement, ne vaut qu'à l'égard de celui des signataires dont il émane, tireur ou endosseur, peu importe, et non pas à l'égard de tous les signataires[2]. Le protêt devra toujours être dressé pour la conservation du droit de recours envers ceux qui n'ont pas donné d'ordre semblable. N'oublions pas que la clause « sans protêt » peut être ajoutée à un endossement en blanc, par l'endosseur lui-même, mais non par un signataire subséquent qui remplirait l'endossement.

997. L'art. 763, al. 1, nous montre que l'ordre de ne pas dresser protêt ne décharge nullement de l'obligation de présenter la lettre de change. Mais comme le protêt constitue précisément la preuve formelle de la présentation et, qu'en l'absence d'un protêt, cette preuve serait rendue très difficile au porteur, le 2me al. de l'art. 763 dispose : *La preuve du défaut de présentation en temps utile incombe au signataire de qui l'ordre* (de ne pas faire protêt) *émane*. L'ordre en question fait du protêt un acte facultatif à l'égard de ceux qui ont usé de la clause « sans protêt », mais le porteur est en droit de protester quand même. *Cet ordre*, dit en effet l'art. 763, al. 3, *ne décharge pas de l'obligation de rembourser les frais du protêt*. Mais il nous paraît, comme à M. Jacottet, que si l'ordre a été donné par le tireur seulement et que s'il n'existe pas d'autres signataires contre lesquels la formalité de l'art. 762, chif. 2, doive être accomplie, le porteur aurait à supporter les frais d'un protêt qui serait dressé sans aucune utilité[3].

998. Pour les *lettres de change à domicile*, l'art. 764 établit

[1] Dans ce sens, *Consultation* de MM. G. Favey et A. Ceresole, in-4°. Lausanne, 1897.

[2] *R. j. f.* X, 29.

[3] Solution contraire, *Sem. jud.*, année 1885, 251.

des règles particulières que voici : *La lettre de change à domicile doit être présentée pour le paiement à la personne désignée dans la lettre ou, à défaut de désignation, au tiré lui-même, dans le lieu du domicile élu, et c'est là que doit être dressé le protêt faute de paiement* (cfr. art. 743, al. 2). — *Lorsque la personne désignée n'est pas le tiré lui-même, et que le protêt n'a pas été fait dans le délai légal* (cfr. art. 762, al. 2), *le porteur est déchu de toute action spéciale découlant de la lettre de change, non seulement contre les endosseurs et le tireur, mais encore contre l'accepteur*. Cette dernière disposition est bien rigoureuse et contribuera sans doute à déprécier les effets domiciliés. Il est vrai que la situation créée entre l'accepteur et le domiciliataire est analogue à celle existant entre le tireur et le tiré ; il est donc assez naturel que la loi ait imposé au porteur, pour sauvegarder son droit de recours spécial contre l'accepteur, l'accomplissement des mêmes formalités que celles qu'il doit remplir pour conserver ses droits envers le tireur. L'accepteur, qui aura fait provision chez le domiciliataire, ne doit pas, disent MM. Schneider et Fick, « être exposé à perdre cette provision, ni contraint à tenir prêts à double les fonds nécessaires au paiement ». Au reste, le recours civil de l'art. 813 subsistera contre l'accepteur et le tireur. La jurisprudence allemande admet : que le protêt est nécessaire contre l'accepteur alors même que domiciliataire et porteur sont une seule et même personne ; que l'indication après coup d'un domicile sur la lettre de change acceptée ne modifie en rien la situation des signataires antérieurs qui n'ont point consenti à cette adjonction ; que le fait de biffer sur la lettre l'indication du domicile n'a pas pour effet d'éteindre le droit de créance résultant de la lettre, mais qu'il peut soustraire cette dernière à la procédure d'exécution spéciale, etc.

999. L'art. 765 dit encore : *Sauf le cas prévu à l'article 764, alinéa 2, le porteur n'est tenu, pour conserver son recours spécial contre l'accepteur, ni de présenter la lettre à l'échéance, ni de faire dresser protêt*. L'obligation de droit de change contractée par l'accepteur ne s'éteint que par la prescription triennale de l'art. 803. En revanche, le porteur qui a négligé de faire protêt est déchu de son recours spécial contre le tireur et les endosseurs, et il est frappé de la même déchéance à l'égard de l'accepteur s'il a négligé de dresser protêt dans le cas de l'art. 764, al. 2. Il n'a plus alors que le recours de droit civil de l'art. 813 contre l'accepteur et le tireur.

1000. II. *Des personnes soumises au droit de recours et de son étendue*. L'art. 758 nous avait appris déjà que toute personne obligée au paiement d'une lettre de change peut réclamer, contre le paiement du capital et des légitimes accessoires, la remise de la

lettre de change acquittée. L'art. 766 ajoute : *Toute personne tenue au paiement d'une lettre de change a le droit d'exiger du porteur, contre paiement du capital, des intérêts et des frais, la remise de la lettre de change acquittée et du protêt faute de paiement.* Si ce droit est accordé à tout débiteur, c'est que le législateur a voulu restreindre le nombre des recours en autorisant chacun des signataires de l'effet et, en particulier, celui d'entre eux qui pourra être recherché en toute dernière ligne — le tireur — à éteindre par son paiement la créance résultant de la lettre de change, entre quelques mains que se trouvent la lettre et le protêt faute de paiement. Dès que l'effet a été payé par l'un des signataires, tous ceux qui avaient signé après lui sont libérés ; la diminution du chiffre des recours a pour conséquence naturelle une diminution des frais et provisions, — ce qui n'est pas une quantité négligeable (cfr. art. 768 et 769).

Le porteur est, du reste, libre de s'adresser à l'un quelconque des signataires, ou à quelques-uns d'entre eux ou même à tous pour obtenir paiement. Le recours est donc individuel ou collectif, au choix du porteur, et tous les signataires de la lettre en sont les codébiteurs *solidaires*. Le délai durant lequel il doit être exercé est déterminé par l'art. 804, que le recours ait lieu individuellement ou collectivement. L'art. 767 dit à ce propos : *Le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement peut exercer son recours à la fois contre tous ceux qui sont tenus de la payer ou seulement contre un ou plusieurs d'entre eux, sans pour cela perdre son droit contre ceux auxquels il ne s'est pas adressé en premier lieu* (cfr. toutefois art. 804 et s.). *Il n'est pas obligé de suivre l'ordre des endossements.* Par « ceux qui sont tenus de payer », il faut comprendre, outre l'accepteur, le tireur, les endosseurs, les donneurs d'aval et aussi l'accepteur par intervention. La *forme* du recours est réglée aux art. 808 et s. ; les *délais* sont ceux des art. 803 et s.

1001. *Le porteur* (en opposition aux signataires antérieurs dont les droits sont fixés par l'art. 769) *qui exerce son recours après avoir fait protester la lettre faute de paiement, ne peut,* selon l'art. 768, *réclamer que* (cfr. art. 749 et s. et 813) :

1° *la somme énoncée dans la lettre de change, avec les intérêts à six pour cent l'an à partir de l'échéance,* — et non à partir du jour du protêt, comme en droit français ;

2° *les frais de protêt et autres déboursés,* — tels que les frais de timbre, de correspondance, par exemple, et, le cas échéant, les frais de procès, si une instance s'est engagée ;

3° *une commission d'un tiers pour cent,* — commission que, d'après les premiers projets, chaque endosseur pouvait réclamer à

son tour, si le recours était exercé successivement (cfr. art. 769, chif. 3), et qui paraît encore élevée bien qu'elle ne puisse être exigée qu'une fois ; lorsqu'il s'agira de fortes sommes, elle se chiffrera assez haut.

Ce sont là toutes les réclamations que le porteur est en droit de former contre les débiteurs de la lettre ; il ne peut rien leur demander en sus, à raison du retard subi. En outre, les trois derniers alinéas de l'art. 768 disposent : *Si le débiteur contre lequel le recours est exercé ne demeure pas dans le lieu où la lettre de change était payable, ces sommes* (celles des chif. 1 à 3 ci-dessus) *doivent être payées au cours du change d'une lettre à vue tirée du lieu où le paiement devait s'effectuer sur le domicile du débiteur* (c'est ce qu'on appelle la « perte du change »). — *A défaut de cours du premier de ces lieux sur l'autre, le paiement se fait au cours du change de la place la plus voisine du domicile du débiteur. — Le cours doit être établi, sur la demande du débiteur, par un bulletin officiel ou par l'attestation d'un courtier ou agent de change, ou, à défaut de bulletin ou d'attestation semblable, par la déclaration de deux commerçants.* Le prix du change est, comme l'on sait. la différence entre la valeur réelle de la lettre de change et la somme d'argent qui serait versée contre délivrance de cette lettre. Ce prix du change qui est fixé dans certains pays par un tarif officiel sera un peu livré à l'arbitraire en Suisse (cfr. art. 771).

1002. *L'endosseur qui a remboursé la lettre de change*, dit l'art. 769, *ou qui l'a reçue en retour* (ou à titre de dation en paiement), *a le droit d'exiger de tout endosseur précédent ou du tireur* (cfr. pour la prescription du droit de recours, l'art. 805) :

1° *la somme qu'il a payée ou dont il a été débité en retour, avec les intérêts à six pour cent l'an à compter du jour du paiement*. Le signataire antérieur actionné n'est pas fondé à exiger la preuve d'un paiement effectif, pourvu que le recourant satisfasse envers lui à l'art. 772 ;

2° *les frais qui lui ont été causés*, — en dehors de ce qu'il a dû payer en vertu de la loi ;

3° *une commission de deux pour mille*. Ni le droit français, ni le projet de M. Munzinger ne prévoient ce cumul des provisions qui peuvent être successivement réclamées par chaque endosseur recourant jusqu'à épuisement de la série des recours. La loi allemande admet une commission unique de 1/3 % dans les deux cas de nos art 768 et 769. Ce dernier texte prescrit d'ailleurs : *Si le débiteur contre lequel le recours est exercé ne demeure pas dans le même lieu que le créancier, ces sommes doivent être payées au cours du change d'une lettre à vue tirée du lieu du domicile du*

créancier sur celui du domicile du débiteur (cfr. art. 768, al. 2, qui diffère). — *A défaut de cours du premier de ces lieux sur l'autre, le paiement se fait au cours du change de la place la plus voisine du domicile du débiteur. — Le cours doit être établi de la manière prescrite à l'article 768.*

L'art. 770, qui fut adopté surtout en vue des relations de change avec des pays d'outre-mer, ajoute d'autre part : *Les dispositions des articles 768, 769, 1° et 3°, ne privent pas le demandeur en garantie* (c'est-à-dire le porteur ou l'endosseur) *qui exerce son recours à l'étranger des avantages plus considérables qui peuvent lui être attribués sur la place étrangère.* La commission est, en Allemagne, du 1/3 °/₀, en Angleterre du 1/2 °/₀, en Russie des 2/3 °/₀, en Amérique d'au moins le 3 °/₀ ; cette commission est synonyme du mot : « avantages » *(höhere Sätze)* du texte français de l'art. 770.

1003. Le recours faute de paiement s'exercera au moyen de poursuites juridiques ; celles-ci exigent bien des frais et comportent bien des lenteurs. Et puis, le porteur ou l'endosseur qui a payé peut avoir un besoin immédiat d'argent et tenir à convertir aussitôt que possible sa lettre de change en numéraire. Pour y réussir, la loi lui donne la faculté de tirer une lettre de change sur le tireur ou l'un des autres garants et de la négocier. Cette seconde lettre de change s'appelle la *retraite* et l'opération de change qui intervient à cette occasion le *rechange*, par quoi l'on entend aussi la perte subie pour la négociation de la retraite. Selon l'art. 771 : *Le créancier qui exerce son recours peut tirer sur le débiteur une nouvelle lettre de change (retraite) pour le montant de sa créance* (déterminé suivant l'art. 768, ou l'art. 769, chif. 1 à 3). — *Dans ce cas, il y ajoute le courtage pour la négociation* (rechange) *de la retraite et les frais de timbre, s'il y a lieu. — La retraite doit être à vue et tirée sur le débiteur directement* — c'est-à-dire sur celui contre lequel le recours est exercé en qualité de tiré. Notre loi, à l'exemple du droit allemand, mais en contradiction avec le droit français, n'exige pas que la retraite soit accompagnée de la lettre de change protestée. Mais celle-ci n'en devra pas moins être jointe à la retraite, car sans cela le tiré ne paiera pas (cfr. art. 772). Les rechanges peuvent, au surplus, être cumulés.

1004. L'art. 772 est conçu en ces termes : *Celui sur qui le recours est exercé n'est tenu de payer que contre remise de la lettre de change, du protêt et d'un compte de retour acquitté ; la lettre de change ne doit présenter aucune altération de nature à compromettre le droit de recours ultérieur du débiteur.* Le *compte de retour* n'est autre chose qu'un compte détaillé des frais, intérêts, commissions, éventuellement rechange, annexé à la lettre ;

il permet au débiteur de vérifier l'exactitude de la réclamation formée contre lui.

1005. Enfin l'art. 773 dispose : *Tout endosseur qui a payé un de ceux qu'il devait garantir, peut annuler son propre endos et ceux des endosseurs qui le suivent*, — puisque tout droit de recours est désormais éteint contre eux et que, de cette manière, ils seront absolument à l'abri de tout nouveau recours.

CHAPITRE X

De l'intervention.

SECTION PREMIÈRE

De l'acceptation par intervention (par honneur).

1006. On distingue entre l'acceptation et le paiement par intervention. L'intervention a pour objet de parer aux conséquences du défaut d'acceptation ou de paiement, et en particulier d'empêcher que le crédit des signataires d'une lettre de change refusée ou non acquittée à l'échéance, soit compromis.

1007. L'acceptation par intervention consiste dans une déclaration par laquelle un tiers, désigné à cet effet ou non désigné au préalable, s'engage à payer la lettre de change pour le compte du tireur ou de l'un des endosseurs. Elle peut émaner de toute personne capable de s'obliger, que cette dernière soit déjà ou ne soit pas tenue en vertu du titre (cfr. cependant art. 775). En l'absence d'intervenants indiqués comme devant acquitter l'effet « au besoin », il se peut qu'un donneur d'aval, ou un endosseur, ou un ami de l'un des signataires se présente spontanément pour accepter la lettre refusée par le tiré. Celui-ci peut même refuser d'accepter comme tiré et accepter ensuite par intervention, car tandis que comme accepteur pur et simple il n'a, après le paiement, de recours que contre le tireur, il a, comme intervenant (cfr. art. 781), le droit de recourir également contre les endosseurs. Or, s'il devait accepter à découvert, s'il n'avait qu'une médiocre confiance dans le tireur, il accepterait par intervention pour un endosseur, afin de pos-

séder, en cas de paiement, un recours contre cet endosseur et ses garants.

L'acceptation par intervention est soumise aux règles de l'acceptation pure et simple ; elle ne se comprend, au surplus, que si la traite a été refusée par le tiré.

1008. Si l'acceptation par intervention peut avoir lieu de la part d'une personne quelconque, même non désignée à cet effet, le porteur ne saurait être forcé de se contenter du premier intervenant venu, qui ne présenterait peut-être aucune garantie de solvabilité ; comme l'acceptation par intervention a pour conséquence de priver le porteur et les endosseurs postérieurs à celui pour lequel l'intervention a été faite du droit de réclamer des sûretés (cfr. art. 779), il est tout naturel qu'on n'ait pas voulu lier le porteur à cet égard. Aussi bien, l'art. 775 nous apprend que : *Le porteur peut refuser l'acceptation par intervention de toute personne qui n'est pas indiquée sur la lettre de change comme devant payer « au besoin »* (cfr. art. 780, al. 3).

En revanche, les personnes désignées dans la lettre comme devant payer « au besoin » sont autorisées à accepter sans l'assentiment du porteur. L'art. 774 prescrit ce qui suit, dans l'éventualité où un « besoin » est indiqué dans la lettre : *Quand une lettre de change protestée faute d'acceptation* (cfr. art. 736 à 738) *indique, comme devant l'acquitter « au besoin », une personne domiciliée dans le lieu où elle est payable, le porteur ne peut exiger une sûreté qu'après avoir présenté* — en vain — *la lettre à l'acceptation de cette personne. — Si plusieurs personnes sont indiquées comme devant payer « au besoin », il doit s'adresser tout d'abord à celle dont le paiement opère le plus de libérations,* — c'est-à-dire, tout d'abord, à celle désignée par le tireur, puis par le preneur et ainsi de suite, dans l'ordre des endossements. La lettre de change sera donc présentée en première ligne chez le tiré. S'il ne l'accepte pas, protêt faute d'acceptation sera dressé, le tout sous les conditions fixées aux art. 736 et s., et la présentation se fera ensuite chez les intervenants désignés dans la lettre, suivant les termes de l'art. 774 ci-dessus.

1009. Comme l'acceptation par intervention se produit après le protêt dressé en cas de refus du tiré, l'art. 776 dispose : *L'accepteur par intervention doit se faire remettre, contre remboursement des frais, le protêt faute d'acceptation et faire constater sa propre acceptation sur une feuille jointe au protêt* (mais non dans le protêt lui-même), — ou par un acte de protêt séparé. — *Il est tenu de notifier son intervention à celui pour qui il est intervenu par une lettre accompagnée du protêt et mise à la poste dans les deux jours qui suivent celui du protêt. — S'il omet de le faire,*

il répond du préjudice causé par sa négligence. La formalité de la notification est accomplie légalement dès que l'avis de l'intervention a été remis à la poste, dans les deux jours à compter de la date du protêt. Il importe peu que l'avis arrive ou non à destination, pourvu qu'il ait été expédié à temps. Mais comme la preuve de l'envoi incombera à l'intervenant, celui-ci agira prudemment en avisant par lettre chargée. Le délai de *deux jours* n'est-il jamais que de deux jours, alors même que le délai tomberait sur un dimanche ou un jour férié ? Oui, dit M. Hafner. Non, répondent MM. Haberstich et Schneider et Fick. Nous nous rangeons à l'opinion de ces derniers, qui entendent par « deux jours », deux jours ouvrables, et ceci en considération des principes énoncés aux art. 90 et 819.

L'intervenant doit indiquer, dans son acceptation, pour lequel des signataires de la lettre de change il intervient. S'il néglige de le faire, on envisage qu'il est intervenu pour le tireur, comme l'exprime l'art. 777 : *Lorsque l'accepteur par intervention omet d'indiquer dans son acceptation pour qui il est intervenu, il est réputé être intervenu pour le tireur,* — et cette présomption de la loi est absolue. L'intervenant peut, toutefois, moyennant qu'il indique pour qui il accepte « au besoin », intervenir au nom de l'une quelconque des personnes obligées au paiement de la lettre.

1010. L'acceptation par intervention a pour effet de créer un nouvel engagement de change régi par les art. 778 et 779.

Art. 778 : *L'accepteur par intervention est tenu envers le porteur et tous les endosseurs postérieurs à la personne pour laquelle il est intervenu des obligations spéciales en matière de lettre de change* (cfr. art. 766 et s., 808, 810 et s.), — et cela dans la même mesure (voir toutefois la fin de l'art. 778) que la personne au nom de laquelle il est intervenu ; au reste, les « obligations spéciales » dont il s'agit sont les *wechselmässige Verpflichtungen*, soit celles dont on est tenu selon la rigueur du droit de change. — *Il cesse d'être obligé si la lettre de change ne lui est pas présentée au paiement au plus tard le second jour non férié après celui de l'échéance. — La présentation en temps utile* (jusqu'au second jour non férié ci-dessus) *ne peut être constatée que par un protêt.* L'intervenant ne répond donc pas envers celui pour qui il est intervenu, ni envers les signataires antérieurs à celui-ci. Mais alors que les droits dérivant d'une acceptation ordinaire se prescrivent par trois ans (art. 803), ceux qui résultent d'une acceptation par honneur sont éteints si la lettre n'a pas été présentée dans les *deux jours* qui suivent l'échéance et si le fait de la présentation dans ce délai n'a pas été constaté par un protêt faute de paiement. Si la présentation a eu lieu, l'acceptation de l'intervenant ne se prescrit plus que par le laps de temps de l'art. 803.

Art. 779 : *Lorsque la lettre de change a été acceptée par une personne indiquée comme devant payer « au besoin » ou par tout autre intervenant par honneur, le porteur et les endosseurs postérieurs à celui pour qui l'intervention a eu lieu, n'ont pas le droit de demander une sûreté. — Mais ce droit appartient à celui pour qui l'intervention a eu lieu ainsi qu'aux personnes qui le précèdent,* — contre tous les signataires antérieurs, ensorte que si l'intervention a eu lieu pour le tireur, la fin de l'art. 779 est inapplicable. Il faut sans doute admettre que le droit de demander une sûreté subsiste d'une manière générale, quand l'accepteur par intervention se trouve dans l'un des cas de l'art. 748, et cela dans les termes fixés par cet article.

SECTION DEUXIÈME

Du paiement par intervention (par honneur)[1].

1011. Le paiement par intervention est, comme l'acceptation au même titre, un acte dérivant d'un mandat ou d'une gestion d'affaires. En dehors du tiré, la lettre de change peut être acquittée par une personne désignée pour le faire « au besoin », par un intervenant qui a accepté sans en avoir reçu le mandat spécial, par un tiers qui, sans avoir accepté, paie volontairement, au jour de l'échéance. *Lorsque*, dit l'art. 780, *la lettre de change non payée par le tiré, ou la copie de cette lettre, indique comme devant la payer « au besoin » ou comme accepteurs par intervention des personnes domiciliées dans le lieu où elle est payable, le porteur est tenu de présenter la lettre* (cfr. art. 762, al. 2) *à toutes ces personnes au plus tard le second jour non férié après celui de l'échéance et de faire consigner le résultat de cette présentation sur le protêt faute de paiement ou sur une feuille annexée* (al. 1), — en s'adressant d'abord (cfr. art. 782) à celui des intervenants désignés dont le paiement opérerait le plus de libérations. *Si*, ajoute l'al. 2 du même article, *il omet de le faire, il perd son recours contre celui qui a indiqué des payeurs « au besoin », contre celui pour qui une acceptation a eu lieu (Adressat oder Honorat*, porte le texte allemand, c'est-à-dire : contre celui qui a indiqué des payeurs « au besoin » — *Adressat* — et contre celui en l'honneur duquel une acceptation, indiquée d'avance ou non, a

[1] *Zeitsch. des bern. J.* V. XL, 613, arrêt du T. F., du 25 Juin 1904 (paiement par intervention et *condictio indebiti*, art. 780 et s., 70, 71).

eu lieu — *Honorat) et contre les endosseurs subséquents.* Les signataires antérieurs n'ont aucun droit d'exiger que l'on tienne compte de l'une ou de l'autre des indications visées par l'art. 780, al. 1, et le défaut du protêt ne pourrait être opposé par eux, car leurs obligations ne sont pas modifiées par des intervenants désignés après le moment où elles ont pris naissance.

Enfin, le troisième alinéa du même article prescrit ce qui suit: *Le porteur qui refuse le paiement offert* (non plus par un intervenant désigné, mais par un intervenant de l'espèce prévue à l'art. 775) *par un autre intervenant, perd son recours contre les endosseurs qui suivent la personne pour qui le paiement était offert.* Si le porteur est libre de refuser l'acceptation par intervention (cfr. art. 775) d'intervenants non indiqués sur la lettre, il s'expose aux conséquences que nous avons mentionnées, lorsqu'il refuse le paiement offert par des intervenants de cette catégorie. Son refus ne lui fait naturellement point perdre son recours contre la personne pour qui l'intervention avait lieu ni contre les signataires antérieurs, — puisque le paiement de l'intervenant n'eût libéré que les signataires subséquents. Mais il est juste que son refus entraîne pour lui une déchéance à l'égard de ces derniers.

1012. *Le payeur par intervention*, nous apprend l'art. 781, *doit se faire remettre la lettre de change et le protêt faute de paiement contre remboursement des frais. Il est tenu de notifier le paiement à celui pour qui il est intervenu* (cfr. art. 776) *par une lettre accompagnée du protêt et mise à la poste dans les deux jours qui suivent celui du protêt; s'il omet de le faire, il répond du préjudice causé par sa négligence. — Le payeur par intervention est subrogé aux droits du porteur contre celui pour qui le paiement a été fait, contre les endosseurs précédents, le tireur et l'accepteur.* Comme on le voit, le paiement par intervention ne doit s'effectuer qu'après le protêt dressé faute de paiement; en outre, si le payeur par intervention a été désigné dans la lettre (art. 780, al. 1 *in fine)*, le paiement est consigné « sur le protêt faute de paiement ou sur une feuille annexée ». Quant à l'effet du paiement par intervention, c'est d'emporter (sauf art. 781, al. 1 *in fine)* subrogation pleine et entière aux droits du porteur contre les personnes énumérées plus haut, ainsi que contre les donneurs d'aval éventuels des dites personnes. Mais les endosseurs postérieurs à celui pour qui l'intervention a eu lieu sont libérés par le paiement de l'intervenant.

1013. L'art. 782 nous dit encore : *Si plusieurs personnes offrent de payer par intervention, celle dont le paiement opère le plus de libérations* (c'est-à-dire : libère le plus d'endosseurs) *doit être préférée. Si l'un des intervenants paie, encore qu'il eût pu*

voir, en examinant la lettre de change ou le protêt, qu'une autre personne, préférable sous ce rapport, était prête à payer, il n'a point de recours contre ceux des endosseurs que cet autre paiement eût libérés. Si l'intervenant A. paie pour le cinquième endosseur, tandis que l'intervenant B. offrait de payer pour le second, il n'a pas de recours contre les endosseurs postérieurs à ce dernier.

CHAPITRE XI

Des duplicata et copies de lettres de change.

1014. *Des duplicata.* On distingue les *duplicata* des *copies* de lettres de change : ceux-là sont des exemplaires multiples et originaux, que le tireur seul peut créer en y apposant sa signature ; celles-ci ne sont que des reproductions du titre. qui peuvent être faites en dehors de la participation du tireur et ne portent point sa signature. La pluralité des exemplaires est surtout utile pour les lettres de change tirées d'un ou sur un pays d'outre-mer, parce que les risques de perte sont assez grands. Ou encore, le tireur tient à envoyer immédiatement la lettre au tiré pour que ce dernier l'accepte ; mais comme il désirera la négocier sans retard, il en conservera un exemplaire, un duplicata. Ou même, le preneur aura intérêt à posséder plusieurs exemplaires de la lettre, en ce qu'il mettra l'un des exemplaires en circulation et adressera l'autre au tiré en vue d'en obtenir une acceptation.

1015. Notre Code a régi ainsi la matière des duplicata :

Art. 783, al. 1 et 2 : *Le tireur est tenu de délivrer au preneur, sur sa demande, plusieurs exemplaires identiques de la lettre de change. — Ces exemplaires doivent être désignés dans leur contexte comme « première, seconde, troisième, etc., de change », à défaut de quoi chaque exemplaire est considéré comme une lettre de change distincte (seule de change).* Il est donc très important que chaque duplicata mentionne, de la façon prescrite ci-dessus, qu'il y a non pas plusieurs lettres de change, mais seulement plusieurs exemplaires de la même lettre. Effectivement, si les exemplaires multiples sont reconnaissables comme simples duplicata, il n'y aura qu'un paiement à faire pour les éteindre tous, et, dans

les cantons où la lettre de change est soumise à un droit de timbre proportionnel, le droit de timbre ne devra être acquitté qu'une seule fois. *Toute personne*, disent les al. 3 à 5 de l'art. 783, *à qui la lettre de change est endossée peut aussi exiger un duplicata. — A cet effet, elle doit s'adresser à son endosseur immédiat, lequel agit envers son propre endosseur, et ainsi en remontant d'endosseur en endosseur jusqu'à ce que la demande parvienne au tireur. — Chacun des porteurs successifs peut exiger de l'endosseur qui le précède que les endossements antérieurs soient reproduits sur le duplicata* (« reproduits », dit la loi, et non pas seulement recopiés). Par mesure de prudence et dans le but d'indiquer que le paiement fait par le tiré sur l'un des duplicata annule les autres exemplaires, on emploie la formule suivante : « Payez par cette première de change, la deuxième ou la troisième ne l'étant... », etc. Mais cette réserve, qui est obligatoire en droit français, est de pure faculté en Suisse, comme en Allemagne.

1016. Art. 784 : *Le paiement d'un des exemplaires de la lettre de change annule les autres* (pourvu que l'al. 2 de l'art. 783 soit observé). — *Néanmoins restent tenus en vertu des autres exemplaires :*

1° *l'endosseur qui* (par suite de dol ou négligence) *n'a pas endossé à la même personne les divers exemplaires de la lettre, et tous les endosseurs subséquents dont la signature figure sur les exemplaires non retirés au moment du paiement, à raison de leurs endossements*. Comme les duplicata d'une lettre tirée à plusieurs exemplaires accompagneront d'habitude l'original, et seront transmis d'endosseur à endosseur, le porteur sera en général, au temps de l'échéance, en possession de tous les exemplaires. Mais si le preneur ou un endosseur avait négocié ces divers duplicata à différentes personnes, le tiré n'en paierait qu'un, et cet endosseur ou ce preneur serait tenu envers le porteur d'un duplicata ainsi endossé dans la même mesure que si une lettre de change originale avait été endossée, puisque la contre-valeur leur a été fournie ;

2° *l'accepteur qui a mis son acceptation sur plusieurs exemplaires de la même lettre, à raison des acceptations qui figurent sur les exemplaires non retirés au moment du paiement*. Le tiré n'acceptera guère qu'une fois. Mais enfin, s'il acceptait sur plusieurs exemplaires de la même lettre, il serait tenu en vertu de chacune de ses acceptations, si les duplicata avaient été endossés à diverses personnes.

1017. Art. 785 : *Celui qui a envoyé à l'acceptation un des exemplaires d'une lettre de change doit indiquer sur les autres entre les mains de qui cet exemplaire se trouve*, — car il est néces-

saire que le porteur sache où trouver cet exemplaire, pour faire valoir l'acceptation qui y figure, ou, à défaut d'acceptation, présenter lui-même et sauvegarder son droit de recours ; en général, l'exemplaire en question est adressé à un correspondant domicilié dans le voisinage du tiré et qui reçoit le mandat de présenter la lettre, puis de la conserver pour la remettre au porteur. — *Toutefois l'omission de cette indication n'invalide pas la lettre de change comme telle* (le porteur protestera et exercera son recours comme si la lettre de change n'avait pas été multipliée). — *Le détenteur de l'exemplaire envoyé à l'acceptation est tenu de le remettre à celui qui justifie, par un endossement ou de toute autre manière, qu'il a qualité pour le recevoir.* On est assez d'accord pour décider que, lorsque le tireur a interdit au détenteur d'une première de change de la délivrer au porteur d'une seconde, cette défense doit être respectée, tout au moins lorsqu'elle est intervenue avant que le détenteur ait été requis de remettre au porteur.

1018. Art. 786 : *Le porteur d'un duplicata indiquant entre les mains de qui se trouve l'exemplaire envoyé à l'acceptation ne peut exercer son recours faute d'acceptation ou de paiement* (contrairement au cas de l'art. 785, al. 2, où il peut l'exercer sans autre) *avant d'avoir fait constater par un protêt :*

1° *que l'exemplaire envoyé à l'acceptation ne lui a pas été remis par le détenteur ;*

2° *que l'acceptation ou le paiement n'a pu être obtenu sur la présentation du duplicata.*

Le premier de ces protêts sera fait contre le détenteur, le second contre le tiré. Le premier sera dressé en tout cas avant l'échéance ; le second dans les délais fixés aux art. 738 et 762. Dans l'hypothèse de l'art. 786, et moyennant que les deux protêts aient été dressés en temps utile, le recours du porteur du duplicata pourra être exercé contre tous les signataires antérieurs. Du reste, si le tiré n'avait accepté que sur le dit duplicata (il en va autrement dans le cas de l'art. 784, chif. 2), il pourrait payer sans crainte.

1019. *Des copies.* Les copies rendent les mêmes services que les duplicata, dont elles diffèrent comme nous l'avons exposé au début de la section précédente. Elles ne portent pas la signature du tireur ; elles peuvent être délivrées par lui ou par les endosseurs. Voici les dispositions du Code fédéral sur ce point :

Art. 787 : *Les copies d'une lettre de change doivent reproduire la lettre ainsi que les endossements et les diverses énonciations qu'elle porte, avec la mention : « jusqu'ici copie » ou toute autre équivalente. — La copie doit indiquer entre les mains de qui se trouve l'original de la lettre envoyé à l'acceptation ou remis en dépôt. — Néanmoins l'omission de cette indication n'enlève*

pas à la copie revêtue d'endos originaux sa valeur comme lettre de change (les art. 744 et s. et 762 et s. deviennent purement et simplement applicables en ce qui concerne le recours ; cfr. art. 789, al. 2). L'acceptation ne peut être donnée que sur l'original *(alias*, art. 784, chif. 2).

Art. 788 : *L'endossement original qui se trouve sur une copie oblige l'endosseur comme s'il était apposé sur la lettre de change elle-même*. Le fait que des endossements originaux, en opposition aux endossements recopiés de l'art. 787, al. 1, peuvent être écrits valablement sur une copie, constitue la principale utilité de celle-ci.

Art. 789 : *Le détenteur de l'original de la lettre de change est tenu de la délivrer au porteur d'une copie, revêtue d'un ou de plusieurs endossements originaux, si celui-ci justifie, par un endossement ou de toute autre manière, qu'il a qualité pour le recevoir. — Si le détenteur ne lui remet pas l'original, le porteur de la copie est tenu de faire constater le refus par l'acte de protêt prescrit à l'article 786, 1°, avant de pouvoir exercer soit le recours en garantie, soit, après l'échéance de la copie, le recours faute de paiement contre les signataires des endossements originaux qui se trouvent sur la copie*. Si le détenteur refuse de s'exécuter en conformité de l'art. 788, al. 1, il répond de sa faute selon les art. 110 et s. En résumé, la copie sur laquelle figurent des endossements originaux a, quant à ces endossements, la valeur d'un duplicata.

CHAPITRE XII

De la perte des lettres de change.

1020. On sait que, d'après l'art. 758, le « débiteur de la lettre de change n'est tenu de la payer que contre remise de la lettre acquittée ». Si la lettre est perdue et que le détenteur en soit inconnu, il y a lieu de recourir à la procédure d'annulation *(Amortisationsverfahren)* des art. 793 et s. ; s'il est connu, l'art. 792 est applicable. En tous cas, et selon l'art. 790 : *Le possesseur d'une lettre de change qui justifie de sa propriété conformément aux dispositions de l'article 755, ne peut être tenu de la rendre* (à l'endossataire, au preneur ou au tireur qui l'a perdue) *ou de rembourser la somme qu'il en a retirée par encaissement ou négociation, que*

s'il a acquis la lettre de change de mauvaise foi ou en se rendant coupable d'une faute grave. Le débiteur d'une lettre de change est autorisé à payer; et il se libère valablement entre les mains du porteur qui justifie de sa propriété par une suite non interrompue d'endossements descendant jusqu'à lui. D'autre part, celui qui paie n'est pas tenu de vérifier l'authenticité des endossements. Mais une lettre de change peut être perdue ou volée; des endossements peuvent être falsifiés et une personne peut se légitimer comme porteur, qui n'aura aucun droit au paiement (le voleur, ou l'inventeur en cas de perte), ou qui tiendra son droit d'un tiers qui n'avait aucune qualité pour le lui transmettre. Comment faire, en semblable occurrence, pour ne pas aller à l'encontre des principes de justice et d'équité? Notre Code a répondu: La bonne foi du porteur qui s'est dûment légitimé se présume. Il n'est tenu à restituer la lettre elle-même ou sa valeur, s'il en a encaissé le montant, que dans deux circonstances: lorsqu'il aura acquis la lettre de *mauvaise foi* (sachant que celui qui lui en transférait la propriété n'y était pas légitimé), ou en se rendant coupable d'une *faute grave* (en remplissant, par exemple, à son nom, l'endossement en blanc d'une lettre de change qu'il aurait trouvée). Il y aura, la plupart du temps, concours de mauvaise foi et de faute grave. Est-il besoin d'ajouter que la preuve est à la charge du demandeur en revendication? Mais, encore une fois, le porteur qui s'est dûment légitimé et qui, en outre, n'a pas agi en état de mauvaise foi ou n'a pas commis une faute grave, possède tous les droits conférés au porteur, même si la lettre de change avait été falsifiée, perdue ou volée (cfr. pour le transfert de la propriété des meubles corporels et des titres au porteur, les art. 205 et s.).

1021. Comme la question de mauvaise foi ou de faute grave est une *quaestio facti*, comme il convient d'empêcher le paiement d'une lettre de change perdue ou volée aussi longtemps que les droits respectifs du porteur et de celui qui s'en dit légitime propriétaire sont litigieux, l'art. 791[1] prescrit: *Celui qui, d'une manière quelconque, a perdu une lettre de change peut requérir du juge compétent une ordonnance interdisant au tiré de payer la lettre et autorisant celui-ci à en consigner le montant à l'échéance, soit en justice, soit entre les mains d'un magistrat ou dans un établissement ayant qualité pour recevoir des consignations.* Le juge compétent sera celui du lieu où le paiement doit s'effectuer. L'art. 791 permet à celui qui a perdu une lettre de change de faire défense au tiré — que ce dernier ait accepté ou non, peu importe, — de payer le montant de l'effet entre les mains de celui qui se

[1] *A. T. F.* XIX, 766 (l'art. 791 est inapplicable dans le cas de lettres de change falsifiées).

présenterait comme porteur. C'est une mesure provisoire, uniquement, car, d'un côté, il n'est pas certain que celui qui prétend avoir égaré la lettre en soit le légitime propriétaire, et, de l'autre, les droits du porteur d'une lettre de change qui a été perdue peuvent être contestés dans les deux cas de l'art. 790 *in fine*. Le législateur n'a eu qu'un but : procurer le paiement au véritable créancier. Et, une fois l'ordonnance du juge compétent rendue, les intéressés auront à faire valoir leurs droits. A cet égard, notre Code prévoit deux hypothèses :

1° *La lettre de change égarée se trouve en possession d'une* PERSONNE CONNUE. Il n'est pas nécessaire ici d'une procédure en annulation, puisque le titre existe et que l'on suppose que la mesure provisoire de l'art. 791 a été requise. *Si*, dit l'art. 792, *le nouvel acquéreur de la lettre de change est connu, le requérant est tenu de l'actionner en restitution, dans un délai à fixer par le juge* (cfr. art. 791) ; *faute de quoi l'interdiction faite au tiré est levée*, — et le nouvel acquéreur est fondé à encaisser le montant consigné de la lettre, contre remise au débiteur de l'effet acquitté. De même si, au cours de l'instance en restitution, le détenteur justifie de sa propriété en conformité de l'art. 790, l'interdiction de payer doit être levée. Le nouvel acquéreur ne sera condamné à rendre la lettre ou le montant encaissé, que s'il est de mauvaise foi ou a commis une faute grave.

2° *La lettre de change est égarée et le détenteur en est* INCONNU, — soit qu'on ne l'ait pas découvert, soit que l'effet n'ait été retrouvé par personne. Il faut recourir alors à ce que les Allemands appellent l'*Amortisationsverfahren* des art. 793 et s.[1] Comme l'exprime l'art. 793 : *Si le détenteur de la lettre de change est inconnu, il y a lieu de procéder par voie d'annulation de la lettre de change*. Voici comment. L'art. 794 dit d'abord : *Celui qui demande l'annulation doit produire une copie de la lettre de change ou tout au moins en indiquer la teneur essentielle ; il doit, en outre, établir qu'il a possédé le titre et qu'il l'a perdu*. Le demandeur en annulation sera le dernier porteur du titre égaré. La demande sera présentée, par écrit sans doute, — le droit cantonal règlera ce point — au juge compétent du lieu du paiement de la lettre. La preuve provisoire des droits du demandeur n'est assujettie à aucune forme particulière ; le juge est libre de rejeter d'emblée la demande — sous réserve d'appel, le cas échéant, — ou de procéder ultérieurement. *Après ces justifications* (celles de l'art. 794), porte l'art. 795, *le juge somme, par voie de publications, le détenteur inconnu de produire la lettre de change dans un délai*

[1] *A. T. F.* X, 284 (application extensive de ces dispositions légales ; — *Depositenschein* ayant le caractère d'un papier-valeur ; cfr. art. 844, alin. 1).

déterminé, et ce sous peine d'annulation du titre. L'art. 797 nous enseigne que : *La sommation de produire la lettre de change doit être publiée trois fois dans la Feuille officielle du commerce. — Le juge peut en outre prescrire telles mesures de publicité qu'il croirait utiles* (insertions dans les feuilles officielles cantonales, affichage, etc.). Dans quel délai la lettre de change devra-t-elle être produite sous peine d'annulation du titre ? L'art. 796 nous dit : *Le délai pour produire la lettre de change perdue doit être de trois mois au moins et d'une année au plus. — Ce délai commence à courir à l'égard des lettres de change échues* (cfr. art. 749 et s. et 738, al. 2 et 3), *du jour où la première sommation a été publiée, et à l'égard des lettres de change non échues, du jour de l'échéance seulement. — Le délai de trois mois peut être réduit pour les lettres de change échues qui seraient prescrites* (cfr. art. 803 et s.) *avant l'expiration de ce délai.* Ce sont là les formalités préliminaires. Si elles aboutissent à la restitution de la lettre de change, il n'y a plus lieu de continuer la procédure. Si le détenteur se révèle, mais qu'il se refuse à restituer, l'art. 792 redevient applicable (cfr. aussi art. 800). Mais, selon l'art. 798 : *Si la lettre de change n'est pas produite au juge, dans le délai fixé, il en prononce l'annulation.* Conforme à l'art. 792, l'art. 800 statue au surplus, comme nous venons de le dire, que : *Si la lettre de change est produite avant que l'annulation en ait été prononcée* (ainsi, même après l'expiration du délai fixé pour la production), *un délai convenable doit être fixé au demandeur pour intenter son action en restitution ; faute par lui de l'intenter dans ce délai, la lettre produite est restituée au nouvel acquéreur et la défense de payer faite au tiré est levée.*

1022. L'effet de l'annulation est de permettre au demandeur de faire valoir immédiatement ses droits contre le tiré ; il réclamera le montant de la lettre à ce dernier ou retirera la somme consignée en vertu de l'art. 791. L'art. 799 contient encore la disposition suivante : *Dans le cas où la lettre de change était acceptée, le juge nanti de la demande peut, avant de prononcer l'annulation, ordonner à l'accepteur de consigner le montant de la lettre de change, et même de la payer si le demandeur fournit une sûreté suffisante.* Si l'accepteur ne paie pas, le demandeur qui a perdu la lettre de change n'a aucun recours contre ses prépossesseurs, endosseurs et tireur ou même accepteur par intervention, puisqu'il ne saurait remplir à leur égard les formalités tracées par les art. 766 et 781 et assurer aux signataires qui le précèdent le moyen de recourir eux-mêmes contre leurs signataires antérieurs. Son droit contre l'accepteur se prescrit par *trois ans.* Quant au tiré *non accepteur*, il peut refuser le paiement aussi longtemps que l'annulation de la lettre de change égarée n'est pas prononcée. Cependant

le porteur qui a perdu son titre et qui a en mains un duplicata, ou qui se trouve encore dans le délai utile pour s'en procurer un, pourra conserver ses droits contre les endosseurs et le tireur, en poursuivant le paiement, en faisant dresser protêt sur l'exemplaire qu'il détient. En droit français, le porteur pouvait, dans tous les cas, sauvegarder l'ensemble de ses droits de recours par un acte de protestation tenant lieu d'un protêt dressé selon les formes légales.

On a fait observer avec raison que le système du Code se comprend pour les lettres acceptées, l'accepteur, tenu pendant trois ans, ayant un grand intérêt à ce que la lettre qui est un titre de créance contre lui soit annulée. Mais on a fait remarquer avec non moins de justesse, que l'*Amortisationsverfahren* paraît superflu pour les lettres de change non acceptées. D'autre part, on a regretté que la procédure d'annulation ne s'étendît pas au protêt; nous ne saurions voir en cela une lacune de notre loi, car l'officier ministériel qui a dressé le protêt, égaré ou perdu, peut valablement remplacer le premier exemplaire par un duplicata (cfr. art. 817) qui aura la même valeur.

CHAPITRE XIII

Des faux et des altérations en matière de lettre de change.

1023. De même que les signatures de personnes incapables (cfr. art. 721) n'ont aucun effet sur les signatures de personnes capables qui se sont obligées en vertu d'une lettre de change, l'art. 801 dispose : *Lorsqu'une lettre de change porte des signatures fausses ou falsifiées, les signatures véritables n'en produisent pas moins les effets spéciaux attachés aux titres de cette nature* (cfr. art. 823, al. 2). Ainsi, quand bien même la signature du tireur serait fausse, l'accepteur et les endosseurs qui auraient réellement signé seraient obligés selon les prescriptions spéciales en matière de change. Si l'acceptation ou les endossements sont falsifiés, le tireur et les endosseurs dont les signatures sont authentiques demeurent tenus également. C'est ce que disent les art. 75 et 78 de la loi allemande, qui peuvent servir de commentaire à notre art. 801. Le faussaire, lui, ne peut être actionné selon le droit de change ; il n'est responsable qu'aux termes des lois civiles et pénales.

1024. *Si*, ajoute l'art. 802, *l'une des énonciations de la lettre de change (somme, échéance, etc.) a été altérée postérieurement à la création et à l'émission de la lettre* — c'est-à-dire, après remise de la lettre au preneur par le tireur ou par ce dernier à un endossataire, — *tous ceux qui l'ont signée après cette altération (endosseurs, accepteurs, intervenants, etc.) sont tenus dans les termes de la lettre ainsi altérée. — Dans le cas où l'on ne peut établir*[1] *si une signature a été donnée avant ou après l'altération, elle est réputée l'avoir été auparavant*, — sauf preuve du contraire à effectuer par le signataire intéressé. La nature de l'altération commise est indifférente. Dès que l'une des énonciations essentielles de l'art. 722 aurait été retranchée, ou détruite, l'art. 725 deviendrait applicable. L'art. 802 ne prévoit, effectivement, que des cas d' « altération ». Ceux qui ont signé *avant* l'altération sont déchargés des obligations dérivant de la lettre de change, toutes les fois que l'altération porte sur une énonciation essentielle comme le paiement ou l'échéance et que le contenu originaire de la lettre de change n'est plus reconnaissable *(nicht mehr erkennbar)*. Cette opinion, émise par M. Hafner, est très controversée en Allemagne[2], où l'on ne possède pas de disposition correspondant à celle de notre art. 802. Il nous semble que l'art. 802 exclut une pareille interprétation : il résulte au contraire de son texte, que ceux qui ont signé avant l'altération demeurent tenus dans les limites de la lettre non altérée, tandis que ceux qui ont signé *après* s'obligent selon les termes de la lettre altérée. L'altération d'une lettre de change ne l'annule ni pour le passé, ni pour l'avenir ; elle la modifie seulement. Les altérations[3] porteront d'habitude sur la somme ou l'échéance, et si ceux qui ont signé la lettre de change altérée sont obligés en conformité de l'art. 802, c'est qu'ils l'ont négociée et acceptée dans cet état. En particulier, le donneur d'aval qui a cautionné avant l'altération n'est tenu que jusqu'à concurrence du montant primitif ; si d'ailleurs un acompte avait été versé, il devrait être imputé sur la partie non garantie de la dette.

---

[1] *A. T. F.* XXIX², 654.

[2] *Staub*, ad art. 76, § 8 et s. ; cfr. *R. O. H. G.* XXIII, 340, dans notre sens.

[3] *A. T. F.* XXIV², 876 et s. (constitue une altération, dans le sens de l'art. 802, et n'engage pas la caution, le fait que le souscripteur d'un billet de change biffe le nom du preneur et inscrit à la place le nom d'un tiers sans que la caution y ait consenti) : cfr. arrêt du T. F., du 17 Octobre 1903, *R. j. f.* XXII, 71 (endossement altéré).

CHAPITRE XIV

De la prescription en matière de lettre de change.

SECTION PREMIÈRE

Des divers délais de prescription.

1025. Le législateur a voulu que les opérations relatives à la lettre de change se terminassent le plus promptement possible. Il convenait à la fois de mitiger la rigueur des engagements de change et d'activer la circulation des titres qui les constatent. Mais il est bien entendu que les dispositions du présent chapitre s'appliquent exclusivement aux actions résultant du droit de change, aux *wechselmässige Ansprüche*, non aux actions civiles dérivant de l'art. 813. On pourrait être induit en erreur sur ce point par la mauvaise traduction française des mots *wechselmässiger Anspruch*, rendus par : « l'action découlant de la lettre de change », alors que l'on aurait dû dire : *les actions spéciales résultant du droit de change*. En effet, si l'action résultant du droit de change s'éteint en vertu des art. 803 et s., la lettre de change peut, dans certains cas, engendrer une action civile qui est soumise à la prescription ordinaire.

1026. 1. *A l'égard de l'accepteur*, — qu'il soit ou ne soit pas inscrit au registre du commerce[1]. En droit français (C. com. art. 189), « toutes actions relatives aux lettres de change se prescrivent » par cinq ans. En droit fédéral, on distingue. La prescription est de plus ou moins longue durée, suivant la personne de l'obligé et, dans certains cas, suivant que le lieu du paiement se trouve en Suisse ou à l'étranger. En ce qui concerne l'*accepteur*, l'art. 803[2]

[1] *Sem. jud.*, année 1892, 614.

[2] *R. j.* III, 249 (arrêt C. cant. vaudoise du 9 Décembre 1885 : le porteur d'un effet de change qui n'intervient pas dans la faillite du souscripteur commet une faute qui le rend responsable vis-à-vis des endosseurs pour le cas où ce défaut d'intervention leur aurait causé un dommage ; l'action en indemnité basée sur cette faute ne relève pas du droit de change, n'est donc pas soumise aux délais de presciption spéciaux à ce droit).

nous dit : *L'action découlant de la lettre de change* (c'est-à-dire, comme nous l'avons expliqué : l'action spéciale résultant du droit de change) *contre l'accepteur se prescrit par* TROIS ANS *à compter du jour de l'échéance* (cfr. art. 738, 749 et s. et 150). — *Si la lettre de change a été prolongée, la prescription commence à courir de l'expiration de la prolongation*. On entend aussi par accepteur, l'accepteur d'une lettre domiciliée, puisque l'art. 803 est conçu en termes généraux. Quant à l'*accepteur par intervention*, la doctrine est partagée en Allemagne ; les uns soumettent la prescription de son engagement au délai adopté pour l'accepteur lui-même ; d'autres l'assimilent, sous le rapport de la prescription, aux « autres garants » *(Vormänner)* de l'art. 804. M. Hafner se range à cette dernière opinion. Nous admettrions plutôt l'application à son encontre de l'art. 803, déjà parce que cet article paraît traiter tous les accepteurs de la même manière, ensuite parce que l'accepteur par intervention n'est pas un *Vormann*, dans le sens que la loi attribue à ce mot, enfin, parce que l'accepteur par intervention envers lequel il a été satisfait à l'art. 778 est tenu comme un accepteur ordinaire envers le porteur et tous les endosseurs postérieurs à la personne pour laquelle il est intervenu [1]. Envers l'*aval* de l'accepteur, la prescription est aussi celle de l'art. 803.

Relativement à la *prolongation* de la lettre de change, nous rappelons l'art. 751 (cfr. aussi art. 93 et 150).

1027. 2. *A l'égard du tireur et des autres garants (Vormänner)*, quand c'est le *porteur* qui exerce le recours. Les délais de prescription sont très courts en cette matière, sensiblement plus courts, par exemple, que ceux de la loi allemande. Il importe peu, au surplus, que la lettre de change ait été acceptée ou non (cfr. art. 813, al. 2). L'art. 804 [2] est de la teneur suivante :

Le recours du porteur contre le tireur et les autres garants (Vormänner) se prescrit :

1° *par* UN MOIS *si la lettre de change était payable en Suisse*. On a jugé que ce délai était bien long. On a fait observer notamment qu'il n'était pas rare de voir des effets revêtus de nombreux endossements, que le premier endosseur pouvait ne recevoir en retour l'effet payé que quatre ou cinq mois après l'échéance, que cela présentait de graves inconvénients, etc. Il ne semble pas que ces craintes soient très fondées, ni qu'il se soit élevé des plaintes à ce sujet. D'ailleurs la loi allemande a fixé un délai de trois mois. N'oublions pas que le délai d'un mois de notre Code n'est applicable qu'au tireur et aux autres garants domiciliés en Suisse ; s'ils ont

[1] Opinion contraire : *R. j. f.* III, 54, *Schneider et Fick*, 973. En faveur de notre opinion, *Staub*, ad art. 60, § 6.

[2] *R. j. f.* II, 57, 59 ; III, 53 (voir ad art. 828) ; V, 113 (voir ad art. 806).

leur domicile à l'étranger, c'est la *lex domicilii* qui règle la question de la prescription en ce qui les concerne ;

2° *par* TROIS MOIS, *si la lettre de change était payable en Europe, à l'exception de l'Islande et des îles Féroë, ou dans les contrées de l'Asie et de l'Afrique situées sur le littoral de la Méditerranée et de la mer Noire, ou dans les îles de ces deux mers ;*

3° *par* DOUZE MOIS, *si la lettre de change était payable dans tout autre pays hors de l'Europe, en Islande ou dans les îles Féroë.*

La prescription court contre le porteur dès le jour du protêt, (cfr. art. 150) — ou, dans le cas de l'art. 763, dès le dernier jour durant lequel le protêt aurait dû être dressé. Les endosseurs sont absolument libérés envers le porteur, dès qu'il a laissé passer les délais ci-dessus sans les actionner ou sans interrompre la prescription (cfr. art. 806 et 807). Il en est de même en ce qui a trait au tireur, sauf l'art. 813, al. 2.

Les délais de l'art. 804 commencent à courir, en même temps, contre le tireur et tous les signataires antérieurs au porteur. Celui-ci n'a donc pas le droit d'utiliser successivement le délai d'un mois, par exemple, de l'art. 804, chif. 1, contre le dernier endosseur, puis, cet endosseur ayant été poursuivi inutilement, de rechercher un endosseur précédent ou un autre garant, dans le mois à partir du moment où il a été constaté que les dites poursuites demeuraient sans résultat, etc. Le délai d'un mois, de trois mois ou de douze mois, court parallèlement, si l'on peut s'exprimer ainsi, à l'égard du tireur et de tous les autres garants. Encore une fois, quand un mois s'est écoulé sans que l'un de ceux-ci ait été poursuivi ou que la prescription ait été interrompue contre lui, il est libéré des conséquences de l'action dérivant du droit de change; le *wechselmässiger Anspruch* est éteint. Il n'y a en outre pas lieu de distinguer si le recours est collectif ou individuel ; que le porteur agisse contre l'un des garants, ou leur aval, ou contre tous, il doit le faire dans les délais de l'art. 804.

1028. 3. *A l'égard du tireur et des autres garants (Vormänner),* quand le recours est exercé par un *endosseur* (cfr. art. 769). Nous avons à nous occuper ici de l'action récursoire proprement dite, intentée par un endosseur, qui, recherché par un signataire postérieur ou par le porteur, a dû acquitter le montant de la lettre de change. L'art. 805 dispose à ce sujet : *Le recours de l'endosseur contre le tireur et les autres garants se prescrit :*

1° *par* UN MOIS, *si le créancier* (l'endosseur, donc) *qui exerce le recours réside en Suisse.* On a traduit le mot : *wohnt* par « réside », ce qui ne nous semble point exact, car la résidence ne se confond pas avec le domicile. Il aurait fallu dire : qui est domicilié, au lieu de qui « réside » en Suisse ;

2° *par* TROIS MOIS, *s'il réside en Europe, à l'exception de l'Islande et des îles Féroë, ou dans les contrées de l'Asie et de l'Afrique situées sur le littoral de la Méditerranée et de la mer Noire, ou dans les îles de ces deux mers ;*

3° *par* DOUZE MOIS, *s'il réside dans tout autre pays hors de l'Europe, en Islande ou aux îles Féroë.*

La prescription contre l'endosseur (qui veut exercer son recours envers le tireur et les autres garants) *commence à courir* (cfr. art. 150) *le jour où il a payé la lettre de change ou l'a reçue en retour* (cfr. art. 766, 769, al. 1, 771, 772) ; *toutefois, si une action ou une poursuite*[1] *a été dirigée contre lui, la prescription commence à courir le jour de la signification qui lui a été faite de la citation* (même en conciliation) *ou du premier acte de poursuite.* L'endosseur qui n'aura pas payé, mais qui étant poursuivi ou actionné, voudra conserver son recours, devra *dénoncer l'instance* aux personnes contre lesquelles il est en droit de recourir (cfr. art. 806 *in fine*), et cela dans le mois, les trois mois ou les douze mois à compter du *dies a quo* indiqué à la fin de l'art. 805. En effet, aussi longtemps qu'il n'a pas payé, il ne peut pas recourir en paiement contre ses garants (cfr. art. 758) et il n'a, pour sauvegarder son action récursoire, que le moyen de la dénonciation d'instance que l'art. 806 assimile à un acte interruptif[2].

SECTION DEUXIÈME

De l'interruption de la prescription.

1029. L'interruption de la prescription en droit de change est, comme la prescription elle-même, soumise à des règles particulières. Les art. 154 et s. sont remplacés, dans ce domaine, par les art. 806 et 807. Dès lors, la *reconnaissance volontaire de la dette* ne constitue pas un acte interruptif ; bien que les divers co-signataires d'une lettre de change soient tenus solidairement, la prescription interrompue envers l'un d'entre eux *ne l'est pas* envers les autres (cfr. art. 154, chif. 1, 155), etc. C'est ce qui résulte des deux articles suivants :

[1] La *production dans la faillite* de l'endosseur n'équivaut pas à une action ou une poursuite et ne constitue pas le *dies a quo* de la prescription pour le recours de la masse de l'endosseur (*H. E.* XIV, 295) ; cfr. art. 806.

[2] Les délais de prescription des art. 803 à 805 peuvent-ils être *modifiés par convention* ? Nous renvoyons à ce que nous avons dit, p. 228 et s.

Art. 806[1] : *La prescription n'est interrompue que par une poursuite* (cfr. art. 67 L. P.), *par une action en justice, ou par la production faite dans la faillite du débiteur ; cette interruption n'a d'effet qu'à l'égard du débiteur contre lequel le recours s'exerce. Toutefois la dénonciation d'instance faite par le défendeur ou par la personne poursuivie équivaut sous ce rapport à une action en justice ou à une poursuite directe* (pourquoi « directe », cet adjectif inutile ne figurant pas dans le texte allemand ?). Ainsi la prescription en matière de lettre de change ne peut être interrompue que : 1° par une *poursuite*, c'est-à-dire un acte rentrant dans la procédure d'exécution ; 2° par une *action en justice*, même sans doute par une citation en conciliation ou par une assignation nulle pour vice de forme ; 3° par la *production dans la faillite* (le texte français ajoute : « du débiteur », tandis que le texte allemand dit simplement : *im Konkurs)* de celui contre lequel le droit de recours doit être sauvegardé ; 4°, enfin, dans le cas prévu à l'art. 805 *in fine*, par une *dénonciation d'instance*. Il peut être parfois difficile de procéder à un acte interruptif de la prescription, lorsque le délai tombe dans les féries judiciaires ; comme l'on ne peut poursuivre, du moins lorsque le débiteur n'est pas inscrit sur le registre du commerce, on se tirera d'affaire en citant en justice, pour la forme[2].

1030. Art. 807 : *Lorsque la prescription mentionnée aux articles précédents* (803 à 805) *est interrompue, une nouvelle prescription* TRIENNALE *court à partir de l'acte interruptif*. Cette solution diffère essentiellement de celle de l'art. 155, où nous lisons qu' « à partir de l'interruption un nouveau délai de prescription commence à courir ». Si le principe général de cet article avait été adopté en matière de droit de change, une nouvelle prescription d'un, trois, douze mois, aurait commencé après un acte interruptif, dans les cas des art. 804 et 805. Mais le législateur en a disposé autrement : dès que les prescriptions dérivant des art. 803 et s. sont interrompues, les actions, quelle que fût leur durée originaire, ne sont plus prescriptibles que par *trois ans* à compter de l'acte interruptif, de quelque nature qu'il soit. L'art. 157 est, selon M. Hafner, applicable par analogie.

---

[1] *R. j. f.* II, 57, V, 113.

[2] Voir *J. d. T.* XXXV, 271, *Reichel*, 56 et s. : on sait que *la poursuite pour effets de change* (art. 177 et s. L. P.) est permise pendant les féries, mais non durant une suspension (57 à 62 L. P.) ou un sursis concordataire (295 L. P.).

CHAPITRE XV

Des actions résultant de la lettre de change.

SECTION PREMIÈRE

Des actions spéciales au droit de change.

1031. Sous cette rubrique, nous ne nous occuperons que des actions spéciales au droit de change, de ce que le texte allemand appelle: *wechselmässige Ansprüche*. Nous traiterons, sous la section suivante, des *actions civiles* qui peuvent découler de la lettre de change dans certaines circonstances données. Le titre allemand du chapitre XV explique bien que les « actions résultant de la lettre de change » ne sont pas seulement les actions spéciales au droit de change ; il s'énonce, en effet, ainsi : *Klagerecht des Wechselgläubigers*, — ce qui ne prête pas à confusion.

1032. I. *De l'action (spéciale) du porteur, des endosseurs et du tireur*. Il existe, nous le savons, un rapport de solidarité entre tous les co-obligés en vertu d'une lettre de change. L'art. 808[1] ajoute : *Le tireur, l'accepteur et les endosseurs d'une lettre de change sont tenus envers le porteur selon les règles spéciales en matière de lettre de change* (cfr. notamment art. 742, 744 et s., 748, 762 et s.). *Il en est de même de toute personne qui a joint sa signature à celle de l'un d'eux sur l'original ou sur une copie de la lettre, encore que ce soit uniquement en qualité de donneur d'aval*[2]. *Ils sont tenus pour tout ce qui est dû au porteur* (cfr. art. 755, 768, 769, 781, al. 2) *à raison de l'inexécution de l'engagement de change. — Le porteur peut poursuivre individuellement cha-*

[1] *R. j. f.* III, 53 (voir ad art. 828); IV, 28; V, 115.

[2] L'*aval* peut être donné sur le recto ou sur le verso de la lettre de change, en faveur du tireur, de l'accepteur ou d'un endosseur, pour toute la somme ou pour une partie seulement. Au point de vue de la forme, la signature du donneur d'aval suffit, mais il y ajoutera d'habitude les mots « pour aval », afin de préciser la nature de son engagement.

cun des débiteurs pour la totalité de sa créance ; il a le droit de choisir celui qu'il veut poursuivre le premier. Les débiteurs ci-dessus désignés répondent les uns et les autres, lorsque la lettre de change n'a pas été payée à l'échéance, de tout ce qui est dû au porteur à raison du défaut d'exécution de l'engagement souscrit ; ainsi l'accepteur, en particulier, ne doit plus seulement dans ce cas, le montant de l'effet, mais ce montant augmenté des accessoires (cfr. art. 768, — et 769, si l'endosseur qui a payé exerce le recours). Le mode de procéder est tracé par les art. 177 et s. L. P.

1033. Quant aux *endosseurs* qui exerceront une action récursoire (cfr. art. 769) contre les signataires antérieurs et les garants de ces derniers, ils jouissent à l'égard de leurs garants des mêmes droits que le porteur envers les siens, sauf que le chiffre des réclamations à formuler s'établira dans cette hypothèse en application du dit art. 769. On n'a pas oublié que le paiement effectué par l'un des endosseurs libère les endosseurs postérieurs, et que celui qui est effectué par le tireur libère tous les endosseurs. Le *tireur* n'a lui-même de recours spécial que contre l'accepteur (cfr. art. 792). L'accepteur, lui, n'a qu'un recours civil. Pour l'accepteur par intervention, voir art. 781.

1034. II. *De l'action (spéciale) du donneur d'aval.* Le donneur d'aval est une caution solidaire ; il est obligé dans la même mesure que celui des signataires de la lettre dont il a garanti l'engagement. Il a, en cas de paiement, un double recours. Comme subrogé aux droits de celui qu'il a cautionné, il a certainement un droit de *recours spécial contre tous ceux qui étaient tenus envers le signataire qu'il a garanti.* Ce recours est réglé à l'égard du donneur d'aval, de la même manière que s'il était exercé directement par le garant principal. A. cautionne B., troisième endosseur ; il paie ; il exercera les actions de B. lui-même contre les endosseurs précédents et le tireur. Mais contre B. ? Il n'a contre celui-ci qu'une action *civile*, déterminée par l'art. 809, que nous pouvons transcrire ici sans inconvénient : *Le recours du donneur d'aval contre la personne qu'il a garantie ou contre les cofidéjusseurs, s'il y en a, est régi par les dispositions relatives au cautionnement,* — c'est-à-dire par les art. 504 et s., à l'encontre du débiteur principal, et par l'art. 496, al. 2, à l'encontre des cofidéjusseurs.

1035. III. *Du recours en cas de faillite de deux ou plusieurs garants.* Ce recours est soumis à l'art. 810 (le principe en a été généralisé par l'art. 216 L. P.), qui s'applique exclusivement au recours spécial en droit de change et qui comble une lacune du droit commercial allemand. Dans l'ancien droit français, il n'existait aucune disposition sur ce point. On avait imaginé trois systèmes diffé-

rents pour colloquer dans les faillites de plusieurs garants le porteur d'engagements solidaires. Savary *(Parères* 13 et 48) laissait au créancier la faculté d'opter dans laquelle des faillites il se ferait inscrire, mais ne l'autorisait à intervenir que dans une seule masse. Pothier *(Contrat de change*, n° 179) lui donnait la faculté de se faire inscrire dans toutes les masses, sauf à déduire de ses inscriptions successives ce qu'il avait reçu dans celles des masses où il avait d'abord figuré. Une autre opinion, consacrée par l'art. 534 du C. de com. fr. de 1807, article repris et complété par la loi sur les faillites de 1838 (art. 542 et s., nouv.), adoptée par la loi allemande sur les faillites (art. 61), a été admise aussi par les rédacteurs de notre Code fédéral : le porteur d'engagements solidaires peut intervenir dans chaque faillite de ses garants pour la totalité de sa créance. La solution de notre loi se recommande par les considérations suivantes : le porteur d'engagements solidaires a voulu être payé intégralement et il n'y a pour lui, en cas de faillite de ses garants, qu'un moyen d'y arriver, ce moyen consistant à produire dans chaque masse pour le montant intégral de sa réclamation ; s'il ne pouvait se faire inscrire que pour son capital, diminué des collocations reçues, il ne recevrait que des attributions proportionnelles à une partie de sa créance, ensorte qu'il ne serait jamais couvert.

1036. *En cas de faillite de deux ou de plusieurs garants*, dit l'art. 810, *celui qui a qualité pour exercer un recours contre eux a le droit d'intervenir dans chaque faillite pour la totalité de sa créance en principal, intérêts, frais et accessoires* (al. 1). Ce principe paraît très simple, à première vue. A., qui a trois débiteurs solidaires, deux endosseurs, B. et C., et le tireur D., est porteur contre eux d'une lettre de change de 1000 fr. Tous trois tombent en faillite. La masse de B. donne du 20 %, celle de C. et celle de D., toutes deux du 40 %; A. est complètement désintéressé, mais les masses de C. et D. ont été mises à contribution dans une proportion plus forte que celle de B. Et si elles donnaient l'une et l'autre du 60 %? A. aurait reçu 20 % + 60 % + 60 % = 140 % de sa créance. A qui appartiendra l'excédent de 40 %? Et puis, les masses ne sont-elles pas en droit de recourir l'une contre l'autre pour ce qu'elles ont payé au delà de leur part contributive ? Voici comment les al. 2 à 4 de notre art. 810 règlent ces questions délicates : *Les diverses masses n'ont pas de recours les unes contre les autres pour les dividendes qu'elles ont payés, tant que la somme totale de ces différents dividendes ne dépasse point la somme due au recourant. — Lorsqu'elle la dépasse, l'excédent fait retour aux masses qui ont payé des dividendes, dans l'ordre de leur recours les unes contre les autres, à partir du dernier endosseur, et jusqu'à concurrence de leurs paiements res-*

pectifs. — La lettre de change, le protêt, le compte de retour et toutes autres pièces sont remis à la masse du dernier endosseur qui par son dividende a parfait le paiement du créancier, afin que cette masse puisse exercer son recours contre les obligés précédents et contre l'accepteur, s'il y en a un (cfr. d'ailleurs les art. 216 et 217 L. P., qui ne dérogent point à ces dispositions spéciales).

Comme cela ressort des textes ci-dessus transcrits, il n'y a point de recours d'une masse à l'autre, alors même que l'une aurait fourni un dividende supérieur à sa part contributive, cela aussi longtemps que la somme totale des différents dividendes obtenus ne dépasse pas la somme due au recourant. En effet, ce recours d'une masse à l'autre, illusoire dans nombre de cas, puisque toutes les liquidations ne seront pas clôturées à la même époque, est en outre trop compliqué et aurait rendu les liquidations interminables. Cependant, lorsque la somme totale des dividendes excède le montant de la réclamation du créancier, l'excédent revient aux masses qui ont payé, non point dans la mesure de leur contribution, mais dans *l'ordre de leur recours*. Un exemple montrera comment on applique ce principe : A., porteur d'un effet de 10,000 fr., a pour garants le tireur B. et trois endosseurs C., D., E., tous déclarés en état de faillite. Il interviendra dans chacune des masses pour 10,000 fr.

La masse de B. donne le 10 °/₀, soit.	Fr.	1000
Celle de E. 30 °/₀, soit	»	3000
Celle de D. 40 °/₀, soit	»	4000
Celle de C., liquidée la dernière, du 50 °/₀, soit . .	»	5000
Total. . .	Fr.	13000

Le porteur ne touchera que 2000 fr. (nous laissons les accessoires de côté) dans la masse de C., puisque cette somme suffira pour éteindre le solde de sa créance. Resteront 3000 fr. qui feront retour à la masse de E., puisque E., en sa qualité de dernier endosseur, avait recours contre les précédents. En fin de compte, la masse de E. n'aurait rien eu à débourser ; par contre, celle de B., contre laquelle toutes les autres avaient recours, n'aura payé que le 10 °/₀. Ces résultats ne sont pas absolument équitables ; on s'est arrêté à la solution la plus pratique. Dès que le porteur est désintéressé, il remet lettre de change, protêt et autres pièces « au dernier endosseur, qui, par son dividende, a parfait le paiement du créancier ». Ce « dernier endosseur » n'est pas celui dont la masse a été liquidée en dernière ligne (C. dans notre exemple), mais bien celui dont la masse avait recours en premier lieu contre les autres, soit E., — ce recours ne s'étendant d'ailleurs qu'à l'excédent des dividendes à l'égard des masses des co-obligés en faillite, mais ceux-ci demeurant personnellement responsables. Il va de soi que l'art. 810 ne

modifie en rien les règles générales du recours à l'égard des co-obligés non faillis.

1037. IV. *Des exceptions opposables aux actions spéciales.* La procédure en matière de contestations dérivant du droit de change doit être aussi expéditive que possible. De là, les termes de l'art. 811[1] : *En matière de lettre de change, chaque débiteur ne peut opposer que les exceptions spéciales à cette matière ou celles qu'il a directement contre le créancier qui exerce le recours.* Cet article exige des explications détaillées. L'obligation de chaque débiteur vis-à-vis du recourant est une obligation personnelle, indépendante de celle des co-obligés, ensorte que le recourant n'a pas à s'occuper des exceptions nées de rapports qui n'existent pas entre lui et le débiteur qu'il actionne. Mais ce dernier *peut* opposer valablement (voir encore nº 973) :

1º Les *exceptions découlant de la procédure*, comme celles tirées de la chose jugée, de l'incompétence du tribunal saisi, du défaut de légitimation du fondé de pouvoirs du créancier, de l'incapacité civile (minorité, interdiction, etc.) de ce dernier, et d'autres encore qui auraient le caractère d'exceptions de procédure. Une exception que l'on peut faire rentrer dans cette catégorie serait celle basée sur l'art. 720, al. 2, en ce sens qu'une personne non inscrite au registre du commerce et recherchée selon la procédure spéciale du droit de change pourrait exciper de ce que l'action est inadmissible dans la forme où elle est introduite.

2º Les *exceptions spéciales à la matière du droit de change*, comme celles résultant :

a) du fait qu'un engagement de change valable n'a pu prendre naissance d'une manière générale, — soit que le titre en vertu duquel l'action est intentée ne porte pas l'une des énonciations essentielles de l'art. 722 (cfr. art. 725), soit qu'il ne réponde pas aux conditions de l'art. 823 ;

b) du fait que le débiteur n'a pu s'obliger selon la rigueur du droit de change, — soit qu'il ait été absolument ou relativement incapable de s'obliger de cette manière (cfr. art. 720, al. 1 et 2, 721, 822), soit que son engagement n'ait pu le rendre responsable selon

[1] *A. T. F.* XII, 242, 245. *R. j. f.* II, 55, III, 55 (: l'accepteur ne peut opposer à l'endossataire des exceptions qu'il a contre la personne du tireur que si l'endossataire n'est qu'un mandataire du tireur à fin d'encaissement, ou s'il était prouvé qu'il avait, lorsqu'il s'est fait endosser l'effet, connaissance des rapports particuliers existant entre l'accepteur et le tireur ; cette dernière proposition nous paraît très contestable, formulée en termes aussi généraux, et cela au vu de l'art. 811, à moins qu'il n'y ait eu lieu, en l'espèce, — ce que nous ignorons — de faire valoir l'*exceptio doli*) ; voir aussi *A. T. F.* XXIV², 756 et s., XXV² 448 et s., *Hafner* (1re éd.), 278.

le droit de change (cfr. art. 727, al. 2, 732 *in fine*, 733), soit que sa signature, donnée irrégulièrement (cfr. art. 820), ou falsifiée (cfr. art. 801), n'ait pu l'obliger en droit de change ou même d'une façon absolue, soit que des altérations aient modifié la lettre de change suivant l'art. 802, soit que celui qui a signé au nom d'un tiers n'ait pas été autorisé à le faire (cfr. art. 821), etc. ;

c) du fait que l'engagement de change n'a pas été contracté dans la mesure selon laquelle l'exécution en est réclamée, — en cas d'acceptation partielle par exemple (cfr. art. 741, 742), ou lorsque l'action tendrait au remboursement de sommes supérieures à celles qu'il est permis d'exiger en regard des art. 768 et s. ;

d) du fait que l'engagement de change est éteint absolument ou comme tel, — soit qu'un délai n'ait pas été observé ou qu'une formalité essentielle ait été négligée (cfr. art. 737, 738, 743, al. 2 et 3, 750, 762, 764, al. 2, 765, 778, al. 2 et 3, 780, 786, 789, 824), soit que le protêt se trouve être nul pour vice de forme (cfr. art. 814 et s., 818, 824), soit que la consignation du montant ait eu lieu dans le cas de l'art. 759, soit que la prescription puisse être invoquée (cfr. art. 803 et s.), soit que la lettre de change, en cas de perte, ait été annulée (cfr. art. 793 et s.), soit que le paiement ait été effectué par l'accepteur, ou le tireur, ou pour le compte de l'un d'eux (cfr. art. 757, 758), à moins qu'il ne s'agisse du recours du tireur contre l'accepteur, circonstance dans laquelle celui-ci ne peut opposer le paiement de celui-là (voir, du reste, sous chif. 3).

3° *Les exceptions que le débiteur a directement contre le recourant* [1], c'est-à-dire celles qui sont nées de leurs rapports personnels ; on entend par là toutes les exceptions de droit matériel et qui peuvent dériver entre autres des art. 16, al. 2 (exception de simulation), 17 (exception basée sur l'objet impossible, illicite, immoral de l'obligation), 18 et s. (vices du consentement), 131 et s. (compensation), 140 et s. (annulation, novation, confusion, remise de la dette), 171 et s. (obligations conditionnelles), 512 (cfr. 513, al. 2, exception de jeu), 740 (acceptation biffée ou restreinte), 761 (prorogation), et enfin le paiement de la part du débiteur. On peut y ajouter l'exception tirée du défaut de légitimation du porteur (cfr. art. 755) et l'*exceptio doli* en cas de manœuvres frauduleuses de la part du demandeur.

4° *En matière de procédure à fins de sûreté*, les exceptions qui

[1] *Sem. jud.*, année 1885, 424, et 1897, 41 ; *A. T. F.* XII, 245 (*compensation*), XV, 845 (*exceptio doli*), XIX, 572 (*exception de jeu*), XXVII², 69 et s. (l'accepteur, malgré le caractère formel et abstrait de la lettre de change, peut opposer au tireur l'exception dérivant de la circonstance que la lettre de change est un *effet de complaisance* et que l'acceptation est un engagement sans cause) ; *J. d. T.* XXXVI, 379 et s.

sont fondées sur l'irrégularité ou la nullité du protêt (cfr. art. 744 et s., 748, 774, 786, 789).

Quant aux exceptions qui ont leur source dans la personne *d'un signataire antérieur*, elles sont inadmissibles ; voir n° 973. L'art. 813 demeure réservé en ce que, même après extinction de l'engagement de change comme tel, le porteur peut exercer un recours *civil* contre l'un ou l'autre obligé.

1038. L'art. 812 dit en outre : *Si le juge estime que les faits invoqués à l'appui d'exceptions autorisées par l'article 811 ne sont pas dignes de foi, il doit ordonner l'exécution provisoire immédiate, moyennant caution, s'il y a lieu* (cfr. toutefois art. 720, al. 2, car cet article n'est applicable qu'aux personnes inscrites sur le registre du commerce). Si l'opposition du débiteur est basée sur des exceptions qui ne sont pas autorisées par l'art. 811, il peut ordonner l'exécution provisoire immédiate, sans examen préalable. La décision prescrivant l'exécution provisoire ne préjuge pas le fond du litige. Voir, au surplus, les art. 181 à 185 L. P.

1039. V. *De l'extinction des actions spéciales*. Le 1er al. de l'art. 813 dispose : *Les obligations dérivant de la lettre de change* (c'est-à-dire *die wechselrechtlichen Verbindlichkeiten*, sous réserve du recours civil) *s'éteignent par la prescription* (cfr. art. 803 et s.) *ou par l'inobservation de l'une des formalités ou de l'un des délais auxquels la loi en a subordonné l'existence* (cfr. art. 734, al. 2, 737, 738, 743, al. 3 et 4, 750, 762, 764, al. 2, 765, 778, al. 2 et 3, 780, al. 1 et 2, 786, 789), *encore que la prescription ou la déchéance résulte d'un événement de force majeure ou qu'aucune faute ne soit imputable au créancier*. Ce dernier principe, qui semble d'une extrême rigueur, n'a été adopté qu'après de longs débats[1]. On le signalait comme dangereux, mais l'on ne parvenait pas à s'entendre sur la signification du mot « force majeure ». Pour couper court à toutes difficultés, le législateur a tranché le nœud gordien. Et il a peut-être bien fait, car les cas de force réellement majeure sont assez rares. Quoi qu'il en soit, MM. Schneider et Fick peuvent dire qu'en vertu de notre article, « si le porteur était empêché par la guerre ou par un édit décrétant la suppression des protêts et des poursuites pour dettes, de faire dresser un protêt, il perd son recours, aussi bien que s'il y avait eu négligence de sa part ». Cependant, les al. 2 et 3 de l'art. 813 pourront toujours être invoqués par la victime de pareils événements et des lois spéciales,

[1] Dans le droit de change anglo-américain, on excuse toute informalité couverte par une *reasonable diligence ;* en France, la force majeure et le cas fortuit, du moins d'après la jurisprudence, ont le même effet.

pourvues d'effet rétroactif, viendraient sans doute modérer l'application stricte de l'art. 813.

SECTION DEUXIÈME

Des actions civiles.

1040. Il était nécessaire de tempérer la rigueur des prescriptions et déchéances admises en matière de droit de change. S'il est désirable que les actions spéciales soient régies par des règles de droit strict, il ne faut pas que des négligences souvent excusables puissent autoriser certains obligés à s'enrichir aux dépens du porteur ou à alléguer l'extinction de leurs engagements sans cause suffisante. Dès lors, notre loi statue ce qui suit à l'art. 813, al. 2 et 3 : *Néanmoins l'accepteur et le tireur*[1], *même après avoir été libérés par suite de prescription ou de déchéance, restent obligés par les voies civiles ordinaires envers le porteur, jusqu'à concurrence du bénéfice qu'ils auraient fait à ses dépens. — Une action en restitution de même nature peut être exercée, dans les mêmes limites, contre le tiré, contre le tiers au domicile duquel la lettre de change était payable et contre celui pour le compte de qui la lettre a été tirée.* Ces dispositions créent une action particulière pour enrichissement illégitime, à côté de celle des art. 70 et s. Ces deux actions existent l'une et l'autre, tant et si bien qu'en matière de change, celui qui s'est enrichi sans cause légitime aux dépens d'autrui est passible de l'une ou de l'autre. L'enrichissement illégitime consiste non seulement dans le fait de réaliser un bénéfice sans cause légitime, « mais il peut aussi résulter de la libération d'une obligation imposée par la loi », comme l'a reconnu le Tribunal fédéral[2]. Il faut, en somme, que celui qui a touché le montant de l'effet n'en ait point, d'une manière ou de l'autre, fourni la contre-valeur.

L'action civile des al. 2 et 3 de l'art. 813 est accordée au *porteur*, au propriétaire de la lettre de change (cfr. art. 755) contre :

1° l'*accepteur*, quand le porteur, qui est demandeur et qui a naturellement le fardeau de la preuve, établit que l'accepteur qui avait reçu *provision* pour totalité ou partie de la lettre de change,

[1] *A. T. F.* XXIV², 419 et s.

[2] *A. T. F.* XII, 656. Cfr. *ibid.* XXIV², 419 et s. (endossement de complaisance).

s'est enrichi à ses dépens[1] pour avoir, du chef de la prescription ou de la déchéance qu'il a pu opposer au dit porteur, réalisé un bénéfice ou s'être libéré d'une obligation sans cause légitime ;

2° le *tireur*, quand le porteur prouve que le souscripteur n'avait pas fait provision, ensorte que la prescription ou la déchéance dont il s'est prévalu lui a procuré un avantage illégitime. La Cour d'appel de Thurgovie[2] a décidé entre autres : que le porteur qui accordait à l'accepteur une prolongation d'échéance sans le consentement du tireur perdait le droit de recourir contre ce dernier faute de paiement; que néanmoins le tireur restait obligé par les voies civiles ordinaires jusqu'à concurrence de l'enrichissement illégitime qu'il se serait procuré aux dépens du porteur ; qu'enfin il y a enrichissement illégitime de la part du tireur d'une lettre de change qui la remet à son créancier en vue de se libérer de son obligation, lorsque cette lettre demeure ensuite impayée et que le porteur se trouve, en vertu d'une prescription ou d'une déchéance, privé du recours spécial faute de paiement contre le tireur.

1041. Le porteur n'a *aucune action civile* contre les *endosseurs* et *autres signataires* de la lettre de change, puisque ni la prescription ni la déchéance qu'ils ont pu opposer n'a eu pour effet de leur assurer un bénéfice quelconque. Il n'en a pas non plus, naturellement, contre le *donneur d'aval*[3].

Une action en restitution de la même nature que celle donnée au porteur contre l'accepteur et le tireur, existe en sa faveur contre : 1° le *tiré* (cfr. art. 722, chif. 7) ; 2° le *domiciliataire* chez lequel la lettre de change était payable (cfr. art. 743, al. 1), jusqu'à concurrence de la provision qu'ils peuvent avoir reçue, — et 3° *celui pour le compte duquel la lettre de change a été tirée*, à raison du bénéfice qu'il a réalisé.

L'action civile de l'art. 813, al. 2 et 3, se prescrit par *dix ans* (cfr. art. 146)[4].

De sa nature, cette action n'est pas une action en dommages et intérêts, ni la *condictio indebiti* proprement dite ; elle repose sur un engagement de change, qui doit avoir été valable jusqu'à la prescription ou déchéance encourue et qui subsiste encore jusqu'à concurrence de l'enrichissement illégitime que certains tiers ont pu se procurer au détriment du porteur. Cette action ne se justifie que lorsque — et dans la mesure où — il est établi que le porteur a subi

[1] *R. j. f.* X, 31 (il faut la *double* preuve d'un dommage souffert et de l'enrichissement illégitime) ; cfr. *A. T. F.* XIX, 844 (recours du *domiciliataire* non réglé par l'art. 813, al. 2).

[2] *R. j. f.* V, 39.

[3] *R. j. f.* VII, 31.

[4] *J. d. T.* XL, 308.

un préjudice et que l'autre partie a réalisé un profit. Est en droit de l'intenter toute personne qui se légitime comme porteur, aux termes de l'art. 755.

CHAPITRE XVI

Du protêt.

1042. Sous l'empire du Code de commerce français (art. 173), les protêts étaient dressés par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, ou par un huissier et deux témoins ; l'assistance des témoins n'est plus obligatoire depuis la loi du 23 Mars 1848. D'après l'art. 814 de notre Code fédéral : *Tout protêt doit être dressé par un notaire ou par un autre officier public ayant qualité à cet effet* (d'après le droit cantonal [1]). *La présence de témoins ou d'un greffier n'est pas nécessaire.* Nous avons déjà passé en revue les diverses espèces de protêt, en expliquant les art. 736, 744, 745, 748, 762, 774, 786, 789. Relativement au protêt à dresser sur une place étrangère, nous renvoyons à l'art. 824. Et nous rappelons que le protêt a subi bien des assauts, depuis quelques années ; on a proposé de le supprimer, de le simplifier, d'introduire le protêt postal; etc.

1043. Suivant l'art. 815 : *L'acte de protêt doit contenir :*

1° *la transcription littérale de la lettre de change ou de sa copie, et de tous les endossements et observations qui s'y trouvent,* — même les énonciations biffées, avec la mention toutefois qu'elles sont biffées. Il est nécessaire aussi de transcrire, à côté de la lettre de change elle-même, sinon toute la copie (lorsqu'il en existe une), du moins les endossements originaux qui figureraient sur cette dernière. La transcription doit d'ailleurs se faire dans l'acte de protêt et non, par exemple, sur une feuille y annexée. Par le mot « observations » du chif. 1 de l'art. 815, on entend en particulier l'acceptation donnée sur la lettre et les recommandations y

[1] Ainsi, à Berne, les notaires, de même que les huissiers et sous-huissiers depuis la loi du 18 Octobre 1891 (art. 90), à Neuchâtel, les notaires, etc. — *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVI, 246 (l'effet doit être présenté, sous peine de nullité du protêt, par l'officier public lui-même, non par un de ses employés).

mentionnées. Des inexactitudes légères de copie et même d'après la jurisprudence allemande, l'omission de l'acceptation figurant sur l'original, n'entraînent point la nullité du protêt[1].

2° *le nom ou la raison de commerce de ceux pour qui et contre qui le protêt est dressé.* Pour qui le protêt sera-t-il dressé? En général, pour le *porteur, propriétaire* de la lettre (art. 755); cfr. toutefois les art. 735, 736, al. 1, 748, al. 3. Contre qui sera-t-il fait? Contre l'accepteur (cfr. 748, 762), contre le tiré (cfr. art. 736, 738, 743, 750, 762, 786, chif. 2), contre la personne désignée pour payer « au besoin » (cfr. art. 748, 774, 780), contre l'accepteur par intervention (cfr. art. 778, al. 3, et 780, al. 1), enfin contre les personnes indiquées à cet effet aux art. 764 et 786, chif. 1:

3° *la sommation faite à celui contre qui le protêt est dressé,* — même s'il était en faillite[2] — *sa réponse ou la mention qu'il n'en a pas donné ou qu'il n'a pas pu être trouvé.* La présentation de l'effet au paiement et la rédaction du protêt faute de paiement doivent avoir lieu en même temps; il est indispensable, d'ailleurs, que la présentation soit faite par le même officier public que celui qui dresse l'acte de protêt[3]. En outre, cet acte constatera d'une manière certaine, le cas échéant, que la personne contre laquelle on était appelé à le dresser n'a pas été trouvée. Le Tribunal fédéral a reconnu[4] que : « Le chif. 3 de l'art. 815 exige que l'acte de protêt contienne l'indication que cette personne n'a pu être trouvée, c'est-à-dire que non seulement elle n'a pas été rencontrée, mais que, malgré sa requête, il n'a pas été possible à l'officier public instrumentant de remplir sa mission à cet égard. Cet officier doit, aux termes de cet article, lorsqu'il trouve quelqu'un au domicile de la dite personne, s'enquérir si elle ne se trouve pas à la maison, et, dans le cas de l'affirmative, la faire sommer de paraître; ce n'est qu'après que cette tentative est demeurée sans résultat, que l'acte de protêt doit être dressé », — car, ajoutons-le, il faut que l'absence soit établie autrement que par des inductions plus ou moins plausibles. L'art. 815, chif. 3, exige encore — et toujours d'après le Tribunal fédéral — « la mention dans le protêt, non seulement que le tiré n'a pas été rencontré dans son domicile, mais encore celle du fait qu'il n'a pas pu y être trouvé, ce qui suppose nécessairement,

[1] *A. T. F.* XII, 326, XXV², 888 et s., XXVII², 74 et s. (toutes les formalités légales ne sont pas substantielles: il faut rechercher si, dans tel cas donné, l'informalité est contraire au but et à l'essence du protêt, — ce que l'on devrait admettre pour un protêt signé par un autre officier public que celui qui a procédé aux opérations du protêt): voir note précédente *in fine*.

[2] *H. E.* VI, 367 (il ne suffirait pas de sommer l'administrateur de la masse).

[3] *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVI, 246, XXXVII, 267.

[4] *A. T. F.* XII, 330 et s.; cfr. *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVIII, 268, XXXVII, 268.

de la part du fonctionnaire instrumentaire, tout au moins une information spéciale en vue de cette constatation », — constatation qui est « une des conditions de la validité de l'acte ». On ne saurait donc admettre, comme l'avait fait le Tribunal cantonal de Neuchâtel [1], qu'il n'est pas besoin que le protêt indique d'une façon expresse l'absence du tiré et qu'il suffit que cette absence résulte de l'ensemble des énonciations de l'acte. Il n'est, en revanche, pas indispensable de désigner la personne qui a été rencontrée à défaut de celle contre laquelle le protêt devait être dressé, pourvu que l'absence soit constatée et mentionnée de la manière expliquée ci-dessus, et que le nom de celui qui a répondu à la sommation de l'officier public instrumentant soit également indiqué. Toutes les fois que celui contre lequel le protêt doit être dressé est *introuvable*, on procède en conformité de l'art. 818 *in fine*. Le Tribunal de l'Empire d'Allemagne (arrêt du 24 Juin 1885), statuant sur le point de savoir quelles sont les obligations du notaire qui trouve fermée la « caisse » de l'établissement déclaré dans un effet comme lieu de paiement, a décidé qu'il n'est pas admissible que l'officier public chargé de dresser le protêt se borne à constater que cette « caisse » était fermée, lorsque l'établissement possède à côté de cette « caisse » un autre comptoir ouvert. Cette solution est exacte aussi en regard de l'art. 815, chif. 3, de notre Code, identique à l'art. 88, chif. 3, de la loi allemande. De plus, lorsque protêt est dressé contre une personne morale, c'est à une personne physique la représentant que la sommation légale sera faite et c'est celle-ci qui devra répondre ;

4° *l'indication du lieu* (722, chif. 8, 736 et s., 748, 754, 762, 764, 786, chif. 2, 825, 826, 827, chif. 4. 828), *du jour, du mois et de l'année où la dite sommation a été faite ou inutilement tentée* [2] ;

5° *en cas d'acceptation* (cfr. art. 776) *ou de paiement* (cfr. art. 780) *par intervention, la mention de ceux par qui l'intervention a été offerte et effectuée, et de la manière dont elle l'a été ;* cfr. art. 777 ;

6° *la signature de celui qui a dressé l'acte.* La loi n'exige pas, comme en droit français, la signature ou le refus de signer de celui contre qui le protêt doit être dressé, ni, comme le droit allemand, l'empreinte du sceau de l'officier public instrumentant.

Le protêt est un acte solennel ; toutes les formes prévues à l'art. 815 sont donc essentielles et doivent être observées à peine de nullité. Cependant, nous l'avons dit, l'omission d'une énonciation insignifiante, d'un détail sans importance, n'influerait en rien sur la validité de l'acte. Nous savons, au surplus, que le protêt ne peut, lorsqu'il est ordonné, être remplacé par un autre acte.

[1] *R. j. f.* IV, 114.
[2] *A. T. F.* XXV², 890.

1044. *Lorsque*, dispose l'art. 816, *l'exécution d'une même obligation dérivant d'une lettre de change doit être réclamée de plusieurs personnes, il suffit d'un seul et même acte de protêt contenant les sommations adressées à ces diverses personnes.* Mais il n'est pas défendu de dresser autant de protêts qu'il y a de personnes contre lesquelles l'exécution de la même lettre de change doit être poursuivie.

Enfin l'art. 817 établit la mesure d'ordre suivante : *Les protêts doivent être transcrits en entier, jour par jour et par ordre de dates, sur un registre spécial, coté en chiffres par première et dernière.* Au contraire de ce qu'enseigne l'art. 176 du C. com. fr., notre loi n'impose plus aux officiers publics instrumentants l'obligation « de laisser copie exacte des protêts ». On a pensé que cette formalité n'était que médiocrement utile et augmentait les frais.

CHAPITRE XVII

Du lieu et du temps où doivent se faire la présentation et les autres actes relatifs à la lettre de change.

1045. L'art. 818 porte que : *La présentation à l'acceptation* (cfr. art. 736 et s., 743) *ou au paiement* (cfr. art. 750, 762, 764), *le protêt* (cfr. art. 814 et s.), *la demande d'un duplicata* (cfr. art. 785, 786) *ainsi que tous les autres actes à faire auprès d'une personne déterminée, doivent être faits dans ses bureaux* (texte allemand : *Geschäftslokal*), *et, à défaut de bureaux, dans sa demeure. — Ces actes ne peuvent être faits en un autre lieu, par exemple à la Bourse, que du consentement des deux parties*, — consentement qui est admis, lorsque la lettre de change indique, en particulier, un lieu de paiement autre que les bureaux ou la demeure du tiré. — *Une personne n'est réputée avoir ni bureau ni demeure connus que si les informations prises à cet égard auprès de la police ou au bureau de poste de la localité par celui qui fait le protêt sont demeurées infructueuses ; cette circonstance* (c'est-à-dire la constatation que les recherches n'ont pas abouti) *doit être mentionnée dans l'acte.* Lorsqu'il ressort de la lettre de change ou du protêt que l'individu contre lequel le protêt doit être dressé appartient à cette catégorie de personnes qui ont généralement un bureau, il ne suffirait pas de dresser protêt après

avoir constaté l'absence dans la demeure, si l'officier public instrumentant ne s'est pas assuré au préalable de l'existence d'un bureau de la manière indiquée à la fin de l'art. 818. Cet article ne s'occupe, au reste, que du *local* où les actes à faire auprès d'une personne déterminée doivent être accomplis, et non pas de la *localité* qui est le lieu fixé dans la lettre pour le paiement. Si le tiré avait changé de bureau, dans l'intervalle entre l'acceptation et l'échéance, sans d'ailleurs changer de localité, le protêt faute de paiement devrait être dressé dans le bureau où le tiré se trouve installé au moment où le dit acte doit être fait. Si l'une des « personnes déterminées » de l'art. 818 est en état de faillite, les actes à faire contre elle doivent l'être dans son bureau ou dans sa demeure. Il est bien entendu que lorsque la lettre de change désigne elle-même le lieu où les divers actes énumérés à l'art. 818 doivent être faits, il est nécessaire de se conformer à cette désignation ; il est dès lors superflu, dans un cas pareil, de rechercher le domicile (bureau ou demeure).

1046. Quant au *temps* durant lequel doivent se faire les actes susvisés, l'art. 819 dispose (cfr. art. 90, 749 et s.) : *La lettre de change échue un dimanche ou un autre jour férié reconnu par l'Etat, est payable le premier jour non férié qui suit. — De même, tous autres actes relatifs à la lettre de change, tels qu'une demande de duplicata, la présentation à l'acceptation, etc., ne peuvent être faits qu'un jour non férié. — Si le délai de rigueur* (cfr. art. 737, 738, 743, al. 3, 750, 762, al. 2, 778, al. 2, 780, al. 1) *fixé pour l'accomplissement d'un de ces actes tombe sur un dimanche ou un jour férié reconnu par l'Etat, il y sera procédé le premier jour non férié qui suit. — La même règle s'applique au protêt.* On se rappelle que l'art. 134 du C. com. fr. prescrit au contraire, que « si l'échéance d'une lettre de change est à un jour férié légal, elle est payable la veille ».

CHAPITRE XVIII

Des signatures défectueuses.

1047. En dérogation à l'art. 13 du Code fédéral, l'art. 820 nous dit : *Les engagements figurant sur une lettre de change, qui, à titre de signature, portent au lieu du nom du souscripteur une*

croix ou telle autre marque analogue, ne produisent aucun des effets spéciaux en matière de lettre de change, encore que ces marques aient été certifiées par un notaire ou légalisées (cfr. art. 725). Des engagements souscrits de la manière prévue à l'art. 820 peuvent créer des obligations *civiles*, mais sont nuls comme engagements de change. Les signatures illisibles lient celui qui est reconnu en être l'auteur. On n'admet au surplus que les signatures *écrites*, et non celles apposées au moyen d'un timbre, comme pouvant engager leur auteur selon les règles spéciales en matière de change.

L'art. 821 ajoute : *Celui qui, sans mandat, signe* (sous son propre nom) *au nom d'un tiers un engagement figurant sur une lettre de change, est obligé personnellement comme le serait le prétendu mandant s'il avait donné mandat. Cette disposition est applicable aux tuteurs et autres représentants, pour les engagements qu'ils prennent par lettre de change en outrepassant leurs pouvoirs.* Ceci emporte exception au principe de l'art. 48, et cette exception dérive de la nécessité qui existe en droit de change d'éviter les complications et les contestations.

CHAPITRE XIX

De l'application des lois étrangères.

1048. La capacité de s'obliger est de statut personnel ; elle est donc soumise, règle générale, à l'application de la *lex originis*. La circulation des lettres de change exigeant des garanties particulières, la capacité de s'obliger en cette matière est régie par des dispositions spéciales (cfr. art. 10 de *la loi fédérale sur la capacité civile* du 22 Juin 1881), qui ont pour objet de supprimer les difficultés et de conjurer les manœuvres frauduleuses que le principe de la loi d'origine, consacré d'une manière absolue, rendrait inévitables.

La capacité de s'obliger par lettre de change, dit l'art. 822, *est déterminée pour les étrangers* (à la Suisse) *par la loi du pays auquel ils appartiennent. — Toutefois l'étranger qui, d'après le droit suisse, serait capable de s'obliger par lettre de change, s'oblige valablement de cette façon en Suisse, encore qu'il soit incapable d'après le droit de son pays* (al. 1 et 2). Ainsi un Français âgé de 20 ans, bien qu'il ne soit pas majeur d'après sa loi d'origine.

s'engagerait valablement *en Suisse* par lettre de change, puisque la loi fédérale sur la capacité civile a fixé à vingt ans l'âge de la majorité. Nous renvoyons en outre à ce que nous avons exposé sous n° 14. *Quant à la capacité des Suisses* (al. 3), *elle est réglée par le présent Code ; peu importe qu'ils résident dans le pays ou à l'étranger* (al. 3). Ceci toutefois, pour les Suisses à l'étranger, sous réserve de dispositions de la loi étrangère analogues à celle du 2me al. de notre art. 822. La lettre de change, dit M. Haberstich dans un langage aussi juste que pittoresque, est « un acte cosmopolite ». Elle est destinée à franchir les frontières des Etats. Elle serait l'occasion d'incessants conflits de législations si l'on n'y avait mis ordre.

1049. L'art. 823[1] prescrit d'autre part : *Les conditions essentielles de la lettre de change tirée d'un pays étranger, ainsi que de tout autre engagement de change signé en pays étranger, sont déterminées par la loi du lieu où l'acte a été fait* (application de la règle générale : *locus regit actum). — Si toutefois les engagements signés en pays étranger sont conformes aux conditions de la loi suisse, la circonstance qu'ils seraient irréguliers d'après la loi étrangère n'infirme point la valeur légale des engagements subséquents inscrits en Suisse sur la lettre de change* (al. 1 et 2). C'est une exception au principe posé à l'art. 725 pour les lettres de change créées en Suisse ; on a copié ici, comme sur tant d'autres points, la loi allemande. Il appartient évidemment au porteur d'une lettre de change souscrite à l'étranger et réalisée en Suisse de prouver, le cas échéant, que, si elle ne répond pas aux exigences de notre loi, elle satisfait à celles du lieu où elle a été créée. Ce que dit l'art. 823 s'entend du reste de toutes les formes de l'engagement de change : de l'effet de change lui-même, de l'aval, de l'endossement, de l'acceptation, etc. MM. Schneider et Fick donnent l'exemple que voici : « Si de Londres une lettre de change est tirée sur Genève, remise à Paris, de là endossée en Italie, puis acceptée à Genève, les formalités auxquelles est soumis le tireur sont régies par le droit anglais, celles concernant le preneur par le droit français, celles concernant le premier endosseur par le droit italien, et enfin celles concernant l'accepteur par le droit suisse ». Ainsi encore (exemple ad al. 2 de l'art. 823), une lettre de change créée en France sans indication de la *valeur fournie* (cfr. C. com. fr., art. 110) et endossée en Suisse produira à l'égard de l'endosseur les mêmes effets qu'une lettre de change parfaite, car, quoique non valable en France, elle est régulière d'après notre loi. Le 3me al. du même art. 823 nous apprend que : *De même, les engagements de change signés à l'étranger par un Suisse en faveur d'un autre*

[1] *R. j. f.* VIII, 163 et s.

Suisse engendrent les diverses obligations spéciales en matière de change pourvu qu'ils soient conformes aux dispositions de la loi suisse. Ainsi l'endossement en blanc écrit à Paris par un Suisse en faveur d'un autre Suisse aura les effets d'un endossement translatif de propriété, bien que l'endossement en blanc ne soit considéré en France que comme un simple mandat[1].

1050. L'art. 824 est conçu en ces termes : *Quant à la forme des actes requis pour l'exercice ou la conservation sur une place étrangère des droits qui dérivent du contrat de change, elle est déterminée par la loi en vigueur sur cette place.* Relativement non pas à la *forme* de ces actes, mais à la *nécessité* de les accomplir, on applique la loi sous l'empire de laquelle l'engagement a été souscrit et doit être exécuté. Ainsi une lettre de change tirée de Paris sur Berne, est protestée à Berne faute de paiement ; le protêt sera dressé conformément à la loi suisse ; mais la question de savoir s'il est indispensable de le notifier (formalité inutile en Suisse, nécessaire en France) aux endosseurs pour sauvegarder le recours se décidera, suivant que les endosseurs seront domiciliés en France ou en Suisse, affirmativement pour ceux-là, négativement pour ceux-ci. La lettre de change est d'ailleurs censée créée au lieu indiqué dans son texte, car, si la teneur du titre ne concorde pas avec la vérité matérielle, c'est le texte de l'effet qui l'emporte[2].

1051. On avait proposé de compléter ce chapitre par l'adjonction d'un quatrième article rédigé comme suit : « La question de savoir si, pour l'exercice ou la conservation des droits résultant du contrat de change, il est nécessaire d'un acte quelconque sur une place étrangère pour un engagement de change signé et à faire valoir en Suisse, doit être décidée d'après la loi suisse ». Cet article fut supprimé, sans doute comme superflu.

---

[1] *J. d. T.* XLI, 139 (le *billet à ordre français*, qui ne renferme pas le mot de change, n'en peut pas moins être cédé, en droit suisse, par un endossement).

[2] *A. T. F.* XXVI[2], 259, 260.

CHAPITRE XX

Du billet de change.

1052. On a pu dire, à certains égards, que le billet de change du droit fédéral était l'équivalent du billet à ordre du Code de commerce français. Il consiste comme lui dans l'engagement qu'une personne contracte envers une autre de lui payer, à elle ou à son ordre, une somme déterminée. Mais il en diffère sensiblement au point de vue de la forme, comme on le verra. Quant à la forme, il se rapproche essentiellement de la lettre de change. Mais tandis que, dans la lettre de change, le souscripteur *mande* à un autre de payer, dans le billet de change il *s'oblige* lui-même à payer, tireur et tiré se confondant en une seule et même personne. Aussi bien, le billet de change devra contenir toutes les énonciations de la lettre de change. sauf celles relatives au tiré. C'est l'*eigener Wechsel* du droit allemand, en opposition au *gezogener Wechsel*, à la lettre de change proprement dite ou traite. Le billet à ordre du droit français rentre dans la catégorie des titres mentionnés aux art. 838 et s.

SECTION PREMIÈRE

Du billet de change en général.

1053. *Le billet de change*, dit l'art. 825, *doit contenir les énonciations essentielles suivantes :*

1° *la mention expresse dans le texte même que le billet est un billet « de change » (Wechsel, cambiale).* Si cette mention fait défaut, le billet constitue soit une reconnaissance, soit, s'il est créé expressément à ordre, un des titres régis par les art. 838 et s. ;

2° *l'indication, dans le texte et en toutes lettres, de la somme à payer ;*

3° *le nom ou la raison de commerce de la personne à qui ou à*

l'ordre de qui le souscripteur promet de payer. Si l'art. 724 du Code fédéral permet au tireur d'une lettre de change de se désigner lui-même comme preneur, cette disposition (cfr. art. 827) n'est pas applicable au billet de change. Comme l'a décidé le Tribunal fédéral [1] : « La loi n'a pas voulu autoriser la création de billets de change à l'ordre du souscripteur, parce qu'elle exige comme élément essentiel de tout effet de change la désignation du preneur, en d'autres termes parce qu'elle exclut l'effet de change au porteur et que le billet de change à l'ordre du souscripteur et endossé en blanc serait identique à un billet au porteur et jouerait le même rôle commercial ». La même autorité judiciaire résout négativement le point de savoir si le défaut de désignation du preneur dans le billet de change à l'ordre du souscripteur peut être remplacé par l'endossement de ce dernier, ou, pour nous exprimer plus clairement, si, lorsqu'un billet semblable est transmis par endossement du souscripteur à un endossataire désigné, le billet et l'endossement réunis constituent un billet de change valable, le premier endossataire étant considéré comme le preneur. En effet, la désignation comme preneur d'une personne autre que le souscripteur est un élément essentiel du titre constatant un contrat de change ; partant, elle doit être contenue dans le titre lui-même et l'on ne saurait endosser valablement un titre qui n'est pas valable. C'est du reste l'opinion générale en Allemagne. Le billet de change créé à l'ordre du souscripteur ne peut pas non plus être envisagé comme un titre endossable selon l'art. 843, pour le même motif qui l'empêche d'être valable comme effet de change. Un effet pareil ne peut servir que de moyen de preuve pour établir l'existence d'une obligation civile, le cas échéant :

4° *l'indication de l'époque du paiement, conformément aux dispositions de l'article 722, 4°* ;

5° *la signature du souscripteur, c'est-à-dire son nom ou sa raison de commerce* (cfr. art. 820) ;

6° *l'indication du lieu, du jour, du mois et de l'année où le billet a été créé* (cfr. art. 753 et 826).

Toutes ces énonciations sont donc essentielles ; nous avons dit au début de ce chapitre quelle était la valeur d'un effet auquel l'une ou l'autre des mentions énumérées à l'art. 825 viendrait à manquer.

Pour le *lieu de paiement* (cfr. art. 722, chif. 8), l'art. 826 dispose : *A défaut d'indication spéciale* (cfr. art. 828), *le lieu où le billet de change a été souscrit est réputé être le lieu de paiement et en même temps le domicile du souscripteur*. Cette pré-

[1] *A. T. F.* XIII, 231.

somption est naturelle, puisque la promesse de paiement émane du souscripteur; pour détruire cette présomption, le souscripteur domiciliera l'effet. Il doit être bien entendu que l'art. 826 renferme une disposition de droit matériel, non de procédure. Il en résulte d'abord que l'indication d'un lieu de paiement n'est pas nécessaire. Et puis, les derniers mots de ce texte (« en même temps », etc.) signifient, comme à l'art. 722, chif. 8, que le lieu de souscription est réputé le domicile du souscripteur pour l'effet de change et les actes à accomplir *(Wechselhandlungen)* en vertu de l'effet. Mais, encore une fois, il ne contient pas de prescription sur le for[1].

1054. La plupart des règles relatives à la lettre de change sont applicables par analogie au billet de change. C'est ce que nous montre l'art. 827, dont voici la teneur : *Les dispositions suivantes du présent Code, relatives à la lettre de change, s'appliquent également au billet de change :*

1° *les articles 720 et 721, sur la capacité de s'obliger par lettre de change ;*

2° *les articles 723 et 725, sur la forme de la lettre de change ;*

3° *les articles 727 à 735, sur l'endossement* (avec cette observation que le souscripteur est substitué à l'accepteur) ;

4° *les articles 737 et 738, sur la présentation de la lettre de change à un certain délai de vue ; avec cette différence que le billet de change doit être présenté au souscripteur pour qu'il y constate la date de la présentation, et que le défaut de présentation dans le délai fixé libère seulement les endosseurs, non le souscripteur ;*

5° *l'article 748, concernant la faculté d'exiger une sûreté ; avec cette différence que le dit article s'applique lorsque la solvabilité du souscripteur est douteuse, et qu'on ne peut exiger de lui une sûreté par voie d'action ou de poursuites que dans le cas prévu à l'article 748, 3°.* La procédure à fin de sûretés est, en revanche, la même envers les endosseurs qu'en matière de lettre de change ;

6° *les articles 749 à 761, sur le paiement ou le droit de consigner le montant de la lettre de change échue ; toutefois la consignation peut être faite par le souscripteur, et le défaut de présentation dans le délai fixé par l'article 750 libère seulement les endosseurs, le souscripteur restant tenu aussi longtemps que la prescription* (cfr. art. 829) *qui commence à courir dès l'expiration du délai de présentation n'est pas accomplie ;*

7° *les articles 762 et 763, ainsi que les articles 766 à 773 sur le recours, faute de paiement, contre les endosseurs ;*

[1] *A. T. F.* XVI, 819.

8° *les articles 774, alinéa 2, 775 et 778*[1] *à 782, sur l'acceptation et le paiement par intervention ; toutefois le porteur n'est tenu d'accepter l'engagement de la personne indiquée comme devant payer « au besoin » que s'il y a doute sur la solvabilité du souscripteur ; sauf déclaration expresse, l'acceptation par intervention d'un billet de change endossé est réputée donnée au profit du premier endosseur,* — tandis que, pour la lettre de change, l'acceptation est censée (cfr. art. 777) avoir lieu pour le compte du tireur ;

9° *les articles 787 à 789, sur les copies ;*

10° *les articles 790 à 802, sur les lettres de change perdues, faussées ou altérées ; avec cette différence que, dans le cas de l'article 799, la consignation ou le paiement doit être fait par le souscripteur ;*

11° *les articles 804 à 812, et 814 à 824, concernant les principes généraux de la prescription en matière de lettres de change, la prescription du recours contre les endosseurs, les actions du créancier, le protêt, le lieu et le temps où doivent se faire la présentation et les autres actes relatifs à la lettre de change, les signatures défectueuses, enfin les législations étrangères ;*

12° *l'article 813*[2] ; *toutefois, s'il s'agit de billets de change endossés, le souscripteur et même le premier endosseur* (en matière de lettres de change c'est l'accepteur et le tireur, les endosseurs jamais) *restent obligés par les voies civiles ordinaires envers le porteur, jusqu'à concurrence du bénéfice qu'ils auraient fait à ses dépens.*

Outre les différences marquées à l'art. 827, nous croyons devoir signaler rapidement les dispositions qui sont spéciales à la lettre de change et ne sont pas applicables par analogie au billet de change. Ce sont les art. 722 (cfr. art. 825), 724 (voir texte ad art. 825, chif. 3), 726, 736, 739 à 742, 743, 744 à 747, 764 et 765 (cfr. art. 828), 777, 783 à 786 et 803 (cfr. art. 829).

1055. La *prescription* (cfr. art. 827, chif. 11) de l'*action spéciale* contre le souscripteur d'un billet de change s'accomplit selon l'art. 829[3], en ces termes : *Les actions contre le souscripteur*

[1] M. Hafner prétend que l'omission d'un renvoi à l'art. 777 (qui serait aussi applicable) est le résultat d'une faute d'impression. Cette opinion est certainement inexacte, comme l'a démontré M. Haberstich. Il n'existe, en revanche, aucune raison de ne pas appliquer par analogie l'art. 776, bien qu'il ne soit pas rappelé.

[2] *Sem. jud.*, 1895, 524.

[3] *R. j. f.* III, 53 (la seule déchéance dont le *donneur d'aval* puisse se prévaloir pour le souscripteur, est la prescription de trois ans); VI, 44.

d'un billet de change (même domicilié) *qui découlent du titre à raison de sa nature spéciale se prescrivent par* TROIS ANS, *à compter du jour de l'échéance* (cfr. art. 150, 749 et s). — *Si le billet a été prorogé* (cfr. art. 761), *la prescription commence à courir de l'expiration de la prorogation.* Le souscripteur est donc tenu ici de la même manière que l'accepteur d'une traite. D'autre part, la responsabilité des endosseurs est également la même, sauf l'exception relative au premier endosseur réglée par l'art. 827, chif. 12. Dès que la prescription est accomplie, l'effet est annihilé comme tel ; il n'existe plus qu'une action civile pour cause d'enrichissement illégitime, dans les termes de l'art. 813 modifié par le dit art. 827, chif. 12.

SECTION DEUXIÈME

Du billet de change à domicile.

1056. Le billet de change à domicile se distingue du billet de change ordinaire, en ce qu'il est stipulé payable dans un lieu autre que le domicile du souscripteur, soit par un tiers, soit par le souscripteur lui-même (cfr. art. 826). La notion de l'effet domicilié est la même en matière de billet que de lettre de change ; le billet de change est domicilié lorsque le lieu de sa création et celui du paiement ne sont point les mêmes, mais il n'y a pas d'effet domicilié par cela seul qu'un endroit pour le paiement a été désigné au lieu même de la création du titre [1].

L'art. 828 [2] dispose : *Le billet de change à domicile doit être présenté pour le paiement à la personne qui y est désignée ou, faute de désignation, au souscripteur lui-même, dans le lieu indiqué comme domicile, et c'est là que doit être fait le protêt faute de paiement* (al. 1). La loi prévoit deux hypothèses :

1° *Lorsque la personne désignée* — pour le paiement — *n'est pas le souscripteur lui-même, et que le protêt n'a pas été fait*

[1] *A. T. F.* V, 19.

[2] *R. j. f.* III, 53 (le porteur d'un billet de change n'a pas besoin de faire dresser ni signifier le protêt pour sauvegarder son recours contre le donneur d'aval en faveur du souscripteur, puisque ces formalités ne sont pas exigées vis-à-vis de ce dernier et que le donneur d'aval, n'étant qu'une caution de celui dont il garantit la signature, est soumis aux mêmes obligations et exceptions que le débiteur principal); V, 116; VI, 129. — Voir, en outre, *R. Niggeler*, Gutachten, etc., Berne, 1884 et *Zeitsch. des bern. J. V.* XXXII, 347 (déjà cité ad art. 743, alin. 3 et 4); cfr. *A. T. F.* XXV², 888 et s.

dans le délai légal (cfr. art. 762, al. 2), *le porteur est déchu de son recours non seulement contre les endosseurs mais encore contre le souscripteur* (al. 2). Il s'agit ici non pas de tout recours en général, mais de ce que le texte allemand appelle : *der wechselmässige Anspruch,* ensorte que l'action civile demeure réservée dans les limites des art. 813 et 827, chif. 12. Le protêt doit être dressé d'ailleurs quand bien même, lors du paiement, le porteur de l'effet serait identique avec la « personne désignée », car les formalités du droit de change sont de droit strict. Il est certain, au demeurant, que le protêt régulièrement dressé contre une personne vaut aussi contre son successeur, et le porteur n'a pas à faire protester en outre contre des héritiers, par exemple. Constatons ici que les *héritiers* du créancier en vertu d'un effet de change acquièrent, sans qu'il soit besoin d'un acte de transmission spécial, tous les droits de leur auteur [1].

2° *Sauf ce cas, le porteur n'est tenu, pour conserver son recours contre le souscripteur, ni de présenter le billet à l'échéance ni de le faire protester.* Ceci veut dire que, en dehors de l'espèce où « la personne désignée n'est pas le souscripteur lui-même » et, par conséquent, toutes les fois que la personne indiquée pour payer est précisément le souscripteur, ce dernier reste absolument tenu envers le porteur qui aurait négligé de dresser protêt ou de présenter au jour de l'échéance. Ces formalités devront être remplies, au contraire, pour conserver le recours contre les endosseurs. Les mêmes principes s'appliquent au billet de change non domicilié.

---

[1] *A. T. F.* XIX, 261 et s.

TITRE TRENTIÈME

DU CHÈQUE[1]

1057. Le chèque a été imaginé en vue de faciliter les virements. Quoiqu'on le rencontre dans la banque bolonaise dès le XVIIme siècle, ce sont les Anglais qui en ont popularisé l'emploi. C'est que, commerçants ou simples particuliers, ils sont gens éminemment pratiques. Au lieu de conserver de fortes sommes d'argent dans leurs caisses, ils les déposent chez un banquier qui se charge de recevoir et payer pour leur compte. De cette façon, les risques de perte et de vol sont considérablement diminués, comme aussi les frais de conservation et de recouvrement des fonds. Le banquier dépositaire sert en outre à ses clients un intérêt pour les sommes qui lui sont confiées à titre de dépôt irrégulier ; il doit bien les restituer à première réquisition, mais il peut, dans l'intervalle, les utiliser et son bénéfice consiste précisément dans la différence entre l'intérêt qu'il sert à ses déposants et celui qu'il retire des placements de fonds qu'il fait.

Lorsque le déposant a des paiements à effectuer, il se contente d'adresser à son banquier, en le détachant de son « chèque-carnet », un formulaire rempli et contenant un ordre de paiement. Cet ordre de paiement est le *chèque*, que la loi anglaise de 1862 définit ainsi : *A cheque is a bill of exchange drawn on a banker payable on demand.* Tandis que la lettre de change est un instrument de crédit, on voit que le chèque est un instrument de liquidation et de paiement. Voici comment, à Londres en particulier, on réussit à augmenter encore les services rendus par le chèque : Les banquiers londoniens ont tous les jours de nombreux chèques à payer à leurs confrères ou à recevoir de ces derniers pour leurs clients, car les clients ne touchent d'habitude pas leurs chèques, mais les remet-

[1] *Haberstich*, II, 748 et s. ; *Jacottet*, 473 et s. ; *Schneider et Fick*, 1008 et s. ; *Hafner*, 503 et s. ; *O. Zoller :* Der Check nach schw. O. R., Frauenfeld, 1885 ; *J. d. T.* XXX, 598 ; *A. T. F.*, 375 (droit internat.) ; *Thaller*, 677 et s. ; *Sem. jud.* 1901, 175.

tent à un banquier qui opère le recouvrement. Si tous ces chèques devaient être acquittés matériellement, ces paiements absorberaient une énorme quantité de numéraire. Les banquiers obvient à cet inconvénient en compensant jour par jour, entre eux, leurs créances et dettes résultant de chèques ou autres effets à vue. Dans ce but, on a créé des maisons de compensation, des *Clearing Houses*, qui existent dans toutes les principales viles commerciales ou manufacturières de la Grande-Bretagne. Dans ces *Clearing Houses* — les compensations faites dans celle de Londres dépassaient, en 1898, 200 milliards par an, aux Etats-Unis 300 milliards, tandis que l'Allemagne atteignait à peine 25 milliards et la France 9 milliards, — les commis des banquiers arrivent chaque jour à une certaine heure. Ils apportent les effets payables chez les autres banquiers et les délivrent aux employés de ceux-ci. On établit ensuite la somme totale que chaque banquier doit percevoir et celle qu'il doit verser; selon qu'il reste créancier ou débiteur, il reçoit ou acquitte la différence. Et même cette différence n'est pas payée en espèces. Le banquier débiteur d'une différence, par exemple, délivre à son collègue créancier un mandat sur la Banque d'Angleterre où tout financier important a un crédit ouvert; le montant de cette différence y est passé au crédit du banquier créancier et au débit du banquier débiteur. Afin d'empêcher que le chèque ne soit payé à un individu qui se le serait frauduleusement approprié, les Anglais ont imaginé un moyen aussi simple qu'efficace. Ils barrent le chèque par deux traits parallèles tracés obliquement de haut en bas *(to cross)* et entre lesquels on écrit les mots *and company* ou une abréviation ; un chèque semblable, qui a été *crossed*, barré, ne peut être payé par le tiré qu'*à un banquier*, — à un banquier en général ou à un banquier individuellement désigné, si le nom de ce banquier a été écrit entre les deux traits ou barres parallèles dont il a été parlé ci-dessus *(crossed specially)*. Si le tiré payait à quelqu'un d'autre qu'à un banquier, il demeurerait responsable envers le légitime propriétaire du chèque. On comprend que le voleur ou l'inventeur peu scrupuleux d'un chèque barré ne pourra guère en opérer le recouvrement, puisqu'on ne peut payer qu'entre les mains d'un banquier.

L'usage fréquent des dépôts de banque n'existe pas en France avant 1860. On dut créer à cette époque des titres permettant aux déposants de payer leurs créanciers, en accordant à ceux-ci le droit de retirer les dépôts. La forme du mandat fut écartée parce que les titres de cette nature avaient été soumis par une loi de 1850 au timbre proportionnel. On choisit la forme du récépissé au porteur qui offrait bien des inconvénients. La loi du 23 Mai 1865 introduisit les chèques anglais, les mandats de paiement créés sur le banquier dépositaire, et les exempta de tout droit de timbre pendant dix ans, — exemption qui a cessé depuis 1871, en ce sens que les chèques

sont actuellement frappés d'un droit de timbre fixe de 10 ou 20 centimes, suivant qu'ils sont payables dans le lieu de leur création ou sur une autre place. Une chambre de compensation, organisée sur le modèle des *Clearing Houses*, fonctionne à Paris depuis 1872, mais le chiffre des compensations y était, ces dernières années encore, de vingt à trente fois inférieur à celui de Londres. Une loi fédérale toute récente, du mois de juin 1905, a introduit en Suisse le *chèque postal*, en ce sens que l'administration des postes est chargée désormais de l'encaissement et de l'expédition de sommes d'argent au moyen de chèques et de virements.

Notre Code fédéral a copié plus ou moins textuellement la loi française de 1865, en remédiant cependant à un grave défaut de cette loi : il a nettement marqué la différence des formes à observer pour le chèque et la lettre de change.

1058. Il n'en faut pas moins constater que ces deux effets de commerce présentent, dans leurs éléments juridiques, de grandes et d'étroites analogies. On pourrait définir le chèque : une lettre de change à vue émise sur une provision d'argent disponible. Aussi les art. 830 et 722 offrent-ils de nombreux points de contact. De même d'ailleurs que la lettre de change a sa source dans le contrat de change, le chèque repose sur un contrat de chèque, aux termes duquel le débiteur s'oblige d'acquitter, moyennant qu'une provision lui soit préalablement fournie, toutes les assignations que le créancier émettra sur lui sous forme de chèques. L'art. 830 dispose d'ailleurs : *Le chèque doit contenir les énonciations essentielles qui suivent :*

1° *la qualification de « chèque »*, — une énonciation qui n'est point exigée par les lois française et anglaise sur la matière, mais qui permettra de distinguer immédiatement le chèque de tout autre effet de commerce ;

2° *l'indication, en toutes lettres, de la somme à payer* (cfr. art. 722, chif. 2, et 723 comb. avec 836) ;

3° *la signature du tireur, c'est-à-dire son nom ou sa raison de commerce* (cfr. art. 722, chif. 5, 820 et 836 comb.) ;

4° *la date, avec l'indication du mois et du jour en toutes lettres* (cfr. art. 722, chif. 6). Le texte allemand dit avec plus de précision : *die Angabe des Ortes, des Jahres und des Monatstages der Ausstellung, letzterer mit Worten ausgedrückt ;* le chèque doit donc mentionner le *lieu* de sa création (ce que ne dit pas le texte français) et la date complète de celle-ci, avec cette particularité que le mois et le jour (non l'année) doivent être écrits en toutes lettres, comme le veut l'art. 5 de la loi française du 19 Février 1874 ;

5° *le nom ou la raison de commerce de la personne qui doit payer (du tiré)*, — le tireur et le tiré ne pouvant être une seule et

même personne[1], ainsi que cela résulte des chif. 3 et 5 de notre article ;

6° *l'indication du lieu où doit s'effectuer le paiement ; le lieu désigné à côté du nom ou de la raison de commerce du tiré est réputé, en matière de chèque, être tout à la fois le lieu du paiement et la demeure du tiré.*

Le titre auquel manque l'une des énonciations ci-dessus n'est pas un chèque (cfr. art. 725 et 836 comb.) ; si la qualification de « chèque » faisait seule défaut, nous pourrions avoir un des titres prévus aux art. 839 et 841 ; mais, dans les deux cas, la procédure spéciale d'exécution en matière de lettre de change ne serait pas applicable.

De sa nature, le chèque est un mandat de payer obligeant ceux qui sont tenus au paiement suivant les règles particulières du droit de change (cfr. art. 836) ; ce mandat ne peut être créé, comme nous le verrons mieux plus loin, qu'autant que le tireur a le droit de disposer immédiatement chez le tiré du montant du titre (cfr. art. 831). Les conditions de capacité pour l'émission d'un chèque sont, au surplus, les mêmes qu'en matière de lettre de change (cfr. art. 720 combiné avec 836). Il va sans dire enfin que le chèque ne peut être créé qu'au moyen d'un acte écrit.

1059. Relativement aux diverses espèces de chèque, l'art. 832[2] est conçu ainsi : *Le chèque peut être émis au porteur, en faveur d'une personne déterminée ou à l'ordre de cette personne. — Si le chèque n'indique pas la personne à qui le paiement doit être fait, il est censé être au porteur.* Reprenons ce texte. Le chèque peut être émis :

1° *au porteur*, — cas dans lequel il se transmet de la main à la main, par la seule tradition. Les risques de la perte sont très grands ici, car nous ne connaissons en Suisse ni le *crossed cheque* du droit anglais, ni l'obligation imposée par la loi française de 1874 à toute personne qui touche un chèque de l'acquitter pour constater le paiement. La détention du titre suffit pour légitimer celui qui en réclame le montant, et l'art. 755 n'est pas applicable par analogie.

2° *en faveur d'une personne déterminée.* Celle-ci peut, en principe, seule percevoir le montant du chèque ; elle ne peut en transférer la propriété, à moins qu'il ne soit émis avec la clause à ordre, qu'au moyen d'une cession ordinaire. Mais il est impossible de prétendre, comme on l'a fait, que si le même chèque n'est émis qu'en

[1] *Zoller*, l. c. 15 et s. — Opinion contraire, *Hafner*, 504.

[2] *R. j. f.* II, 108 et *Zeitsch. des bern. J. V.* XX, 508 et s. (un chèque émis en faveur d'une personne déterminée et ne contenant pas la clause « à ordre » ne peut être transmis par endossement). Contra, *Schneider et Fick*, 1013.

faveur d'une personne déterminée et sans les mots à ordre, il peut néanmoins être endossé. Il paraît évident, ainsi que l'a reconnu la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne dans un arrêt cité en note ad art. 832, qu'un chèque souscrit en faveur d'une personne dénommée et ne contenant pas la clause à ordre ne peut être transmis par endossement avec les conséquences mentionnées aux art. 728 et 732. C'est aussi l'opinion de M. Hafner. Décider le contraire serait affirmer un principe que rien ne justifie et qui est en contradiction complète avec le système des lois françaises ayant servi de modèle pour la rédaction de notre Code. Effectivement, l'on admet en France la non transmissibilité, par voie de l'endossement, de chèques souscrits à personne dénommée sans clause « à ordre ».

3° *à ordre*. Le chèque à ordre est alors transmissible par voie d'endossement (même en blanc), avec les effets déterminés aux art. 728 et 732. Les endosseurs d'un chèque sont, comme les endosseurs d'une lettre ou d'un billet de change, garants solidaires du paiement à l'égard du porteur. L'endossement est parfait dès qu'il est constaté par la signature de l'endosseur, celui-ci devant être le dernier endossataire ou le preneur.

1060. La *provision* n'est pas exigée en matière de lettre de change. Il en est autrement pour le chèque. Suivant l'art. 831 : *Le chèque ne peut être émis qu'autant que le tireur a le droit de disposer immédiatement chez le tiré de la somme indiquée.* En d'autres termes, le tireur doit avoir la disponibilité des fonds dont il opère le retrait au moyen du chèque ; ou, comme s'exprime la loi française, il ne peut tirer que « sur un tiers ayant provision préalable ». Cette provision peut consister dans le fait que le tiré, généralement un banquier, a reçu du tireur des fonds en dépôt ou des sommes dont il a opéré le recouvrement pour le compte de ce dernier, et alors il y a provision pour les chèques tirés jusqu'à concurrence des fonds déposés ou recouvrés qui sont conservés à la disposition du créancier ; il y a également provision, lorsque le tireur est créancier du tiré pour une cause quelconque et qu'il a été convenu que les fonds étaient mis à la disposition du tireur, mais il ne suffirait pas d'un simple rapport de créancier à débiteur, même lorsque la dette serait exigible, pour que des chèques pussent être tirés par celui-là sur celui-ci ; il y aurait encore provision, quand le tiré aurait ouvert au tireur un crédit avec faculté de l'épuiser par l'émission de chèques. *Nouguier* dit avec raison, dans son traité des chèques (n° 74) : « Il n'y a disponibilité — c'est-à-dire provision — qu'autant qu'une convention préalable, présumée ou sous-entendue, intervenant entre le tiré et le tireur, a autorisé ce dernier à considérer les fonds comme libres et à créer le chèque. Par exemple, être créancier d'une somme liquide ne suffit pas : une telle créance constitue une dette du tiré et non pas cette provision préalable qui est

le trait caractéristique du chèque ». Comme en droit français, au reste, la disponibilité doit, d'après la loi suisse, exister au moment même de l'émission du chèque. L'art. 837 ajoute : *Le tireur qui émet un chèque sans posséder chez le tiré une couverture suffisante pour la somme indiquée, est tenu de bonifier au porteur cinq pour cent du montant du chèque, sans préjudice de dommages et intérêts, s'il y a lieu.* La loi française prévoit ici une bonification du 6 %. L'émission d'un chèque sans provision préalable peut, dans certaines circonstances, constituer un cas d'escroquerie.

Le chèque créé dans des conditions régulières donne au porteur un droit *exclusif* sur la provision, ensorte qu'il pourrait se faire payer par le tiré, lors même que la faillite du tireur serait prononcée dans l'intervalle. Cette solution, adoptée par la jurisprudence française, est la seule qui se concilie avec la notion du chèque de l'art. 831.

1061. Les chèques sont toujours à vue ; le paiement peut — et doit même — en être réclamé à brève échéance. D'après l'art. 833 : *Le chèque est payable à présentation, encore qu'il indique une autre échéance ou n'en indique aucune.* Une présentation à l'acceptation n'est pas nécessaire. L'art. 834 dit : *Il n'y a lieu pour les chèques, ni de les présenter à l'acceptation ni de les accepter* (ensorte que les art. 736 à 754 sont inapplicables en matière de chèque). C'est là l'explication du peu de crédit des chèques. On pourrait remédier à cet inconvénient en faisant viser le chèque par le tiré, qui est généralement un banquier et qui offre une certaine surface. Mais les chèques ainsi visés se maintiendraient trop longtemps dans la circulation, quoiqu'ils se prescrivent rapidement en Suisse (voir n° 1061 *in fine*), et ils empiéteraient sur les billets de banque, dont l'émission est monopolisée. — *Le délai pour la présentation au paiement est de* CINQ *jours, si le chèque est tiré sur la place même, de huit jours s'il est tiré d'un lieu sur un autre.* La brièveté du délai de présentation pour les chèques s'explique par le fait que le tireur étant garant du paiement, il doit désirer que sa responsabilité soit dégagée le plus tôt possible. D'autre part, la situation des banques de dépôts pourrait être sérieusement compromise, à un moment donné, si les porteurs de chèques avaient la faculté de présenter au paiement des titres émis au cours de plusieurs mois peut-être. Le délai de présentation est donc de *cinq* ou *huit jours*, selon que le chèque est tiré de la place même sur laquelle il est payable ou d'un autre lieu : mais, contrairement à la règle de la loi française, le jour de sa date n'est pas compris dans la supputation du délai (cfr. art. 88, chif. 1). Le délai pour la présentation des lettres de change à vue (cfr. art. 750) est d'un an à partir de leur date, faute d'indication spéciale.

Aux termes de l'art. 835 : *Le porteur d'un chèque qui n'en réclame pas le paiement dans le dit délai* (de cinq ou huit jours) *perd son recours contre les endosseurs ; il le perd aussi contre le tireur dans la mesure où, faute de présentation, celui-ci a subi un préjudice du chef du tiré.* Le fait de la présentation dans le délai légal doit être constaté en cas de non paiement. S'il y a eu paiement, cette constatation est inutile. Mais tandis qu'en France la présentation et le refus de paiement ne peuvent être constatés que par un protêt en due forme, notre Code n'exige rien de semblable. Il suffit qu'il y ait eu présentation dans les cinq ou huit jours, que la présentation soit établie d'une manière quelconque, par un protêt qui peut être dressé le jour même de la présentation, ou par tout autre écrit, ou même par témoins. En matière de chèque, le recours doit pouvoir être exercé immédiatement ; or l'exercice du recours serait retardé, s'il était nécessaire de se conformer à l'art. 762, al. 2. En outre, l'art. 835, qui traite de la conservation du recours, n'impose au porteur que l'accomplissement d'une formalité : la présentation, alors que l'art. 762 ajoute la nécessité du protêt constatant cette présentation et le refus de paiement. Il est vrai que l'art. 836 renvoie, en général, aux prescriptions sur la lettre de change, mais seulement « pour autant qu'elles ne sont pas contraires à celles du présent titre ». Et nous croyons précisément que le législateur a réglé de façon absolue à l'art. 835 les conditions auxquelles l'exercice du recours est subordonné ; sinon, la première partie de ce texte serait tout à fait superflue [1]. Faute de présentation dans le délai légal, le recours du porteur est perdu contre les endosseurs ; il ne l'est contre le tireur que dans la mesure où le défaut de présentation peut lui avoir causé du dommage (cfr. art. 762, 768, 769).

Comme nous l'avons déjà donné à entendre, il faut admettre que le porteur possède une action *directe* contre le tiré, lorsque ce dernier refuse le paiement sans motifs valables, — ces motifs valables pouvant être : le défaut de provision ou de provision suffisante, la forme illégale du chèque, sa falsification, le défaut de légitimation du porteur, l'expiration du délai de présentation, etc. Cette action directe est fondée sur la circonstance que le tireur a en réalité cédé au porteur sa créance contre le tiré, et rien de plus naturel que de faire résulter de l'émission d'un chèque le transfert au porteur des droits du tireur contre le tiré, puisque (cfr. art. 831) il y a provision préalable. Ceci est contesté par M. Zoller, qui ne veut pas donner d'action directe au porteur « parce que le Code fédéral n'en dit rien et qu'en général le chèque est soumis aux mêmes règles qu'une traite non acceptée ». Il oublie la profonde différence que l'art. 831

[1] Dans ce sens, *Hafner*. — Opinion contraire, *Zoller*.

établit entre la lettre de change et le chèque. Au surplus, la jurisprudence et la doctrine française unanimes ont adopté l'opinion que nous avons exposée ci-dessus.

La Cour de Justice civile de Genève a décidé [1] que les *déchéances* encourues par le porteur selon les art. 834, al. 2, et 835 ne constituent nullement la *prescription* du titre, attendu que si l'art. 835 établissait une prescription de tout chèque qui n'est pas présenté dans le délai de cinq jours, l'art. 835 n'aurait plus aucun sens. Le chèque n'est, assurément, pas prescrit faute de paiement dans les cinq jours ; le porteur perd seulement son recours contre les endosseurs d'une manière absolue ; il ne le perd contre le tireur que dans la mesure fixée à l'art. 835 *in fine*, ainsi, par exemple, lorsque le tiré serait devenu insolvable, aurait été déclaré en faillite, après l'expiration du délai de cinq jours et avant la présentation du chèque.

Le chèque se *prescrit*, sauf les art. 834 et 835, par le délai de l'art. 804 contre le *tireur*, une action pour cause d'enrichissement illégitime demeurant réservée (art. 813, al. 2, 836) ; contre le *tiré*, le porteur aura qualité d'agir dans les dix ans (art. 146), tant que le tiré détiendra la provision. Le danger que court le porteur à temporiser, c'est que, si le tiré tombe en faillite après les délais de l'art. 834, sa créance se transforme en un dividende et que le tireur se trouve libéré [2].

1062. L'art. 836 dit enfin : *Les dispositions relatives à la lettre de change sont aussi applicables aux chèques, pour autant qu'elles ne sont pas contraires à celles du présent titre,* — ainsi, entre autres, l'art. 823 [3], ensorte qu'un effet portant l'indication de Londres comme lieu de sa création doit être considéré comme régi par le droit anglais, au point de vue des conditions de forme auxquelles il est soumis pour valoir comme chèque. Sont en contradiction avec les prescriptions légales sur le chèque, les art. 722, 724, al. 2, 727, al. 2, 734, al. 1 et 2, 736 à 754, 759 à 761, 762 à 765, 774 à 779, 799, 803. Il y a lieu, par conséquent, d'appliquer aux chèques les art. 720 et 721, 723, 724, al. 1, 725, 726 (sauf que le tireur ne répond pas de l'acceptation), 727, al. 1, 728 à 733, 734, al. 3, 735 (sauf que le transfert par endossement n'est admissible qu'à l'égard des chèques créés à ordre), 755 à 758, 766 à 773 (cfr. cependant art.

[1] *R. j. f.* IX, 68 et s. ; *Sem. jud.*, 1891, 42.

[2] Voir *Schneider et Fick* ad art. 834, note 2, où l'on fait observer avec raison, mais sans conclure, que l'art. 829 n'est pas applicable en matière de chèque, l'art. 836 ne se référant qu'aux « dispositions relatives à la lettre de change », au *gezogener Wechsel*. Nous avions admis par erreur le délai de l'art. 829, avec un arrêt précité (*Sem. jud.*, 1891, 42).

[3] *A. T. F.* XXVI², 254 et s.

835), 780 à 782, 783 à 786 (M. Hafner a tort de croire que les duplicata sont exclus parce qu'en matière de chèque il n'y a pas lieu à acceptation ; les duplicata ont aussi pour but de prémunir ici contre les cas de perte ou de vol), 787 à 789, 790 à 798, 800, 801, 802, 804 à 807, 808 à 812, 813 (action civile contre le tiré et le tireur pour cause d'enrichissement illégitime ; prescriptible par dix ans ; cfr. art. 835 relativement à la responsabilité du tireur), 818 à 824.

Pour les *chèques au porteur*, le mode de leur transfert ne permet de leur déclarer applicables que sous réserve les dispositions visées à l'art. 836.

1063. Une question encore : Y a-t-il *novation*, à défaut de volonté formellement exprimée à cet égard, lorsqu'un créancier a reçu de son débiteur un chèque en paiement ? Nous répondrons négativement (cfr. art. 143). Il n'y a là qu'une simple indication de paiement, aussi longtemps que le chèque n'est pas acquitté. Si le chèque n'est pas payé, et que le créancier-porteur ait été diligent, il peut faire valoir son chèque ou sa créance primitive. Mais s'il a été négligent, il ne peut plus agir contre son débiteur qu'en vertu du chèque, — le chèque étant alors présumé acquitté et la créance primitive éteinte.

TITRE TRENTE-ET-UNIÈME

DES AUTRES BILLETS ET MANDATS A ORDRE[1]

CHAPITRE PREMIER

Des billets et délégations à ordre analogues aux effets de change.

1064. En principe, notre loi ne confère le caractère de lettres ou billets de change qu'aux effets portant dans leur contexte les mots « de change ». Il leur assimile cependant, sauf sur deux points, les billets et délégations à ordre des art. 838 à 842. Il faut également assimiler aux effets dès art. 838 et s. les lettres ou billets de change sur lesquels on aurait omis la mention sacramentelle « de change ».

Les billets à ordre, dit l'art. 838, *promesses de paiement qui, sans porter dans le contexte les mots « de change », sont néanmoins expressément créés à ordre et qui répondent d'ailleurs aux diverses conditions essentielles que l'article 825 exige pour les billets de change, sont assimilés à ceux-ci, sauf les exceptions énoncées aux articles 840 et 842.* Ces effets doivent donc, pour rentrer dans la catégorie de ceux de l'art. 838, mentionner dans le texte la somme à payer en toutes lettres, indiquer le nom du créancier, l'époque du paiement, la date de leur création et être signés du souscripteur. S'ils ne sont pas rédigés de cette manière, ils ne peuvent constituer que de simples reconnaissances.

[1] *Schneider et Fick*, 1815 et s.; *Haberstich*, II, 755 et s.; *Hafner*, 507 et s.; *Jacottet*, 476 et s.; *Binschedler:* Die amortisirbaren Papiere, nach dem B.-S. über das O.-R., Zurich, in-8°, 1888.

1065. D'autre part, l'art. 839 dispose : *Les délégations ou assignations* (cfr. art. 406 et 413), *qui, sans porter dans le contexte les mots « de change » et sans être qualifiées de chèques, sont néanmoins expressément créées à ordre et qui répondent d'ailleurs aux diverses conditions essentielles que l'article 722 exige pour les lettres de change, sont assimilées à celles-ci, sauf les exceptions énoncées aux articles 841 et 842*. Alors que l'art. 838 vise les billets à ordre, les promesses de paiement par lesquelles le souscripteur s'engage à payer une certaine somme au bénéficiaire du titre, l'art. 839 a en vue les mandats à ordre, soit des écrits au moyen desquels le tireur mande à un tiers (le tiré) de payer à l'ordre d'une troisième personne déterminée. Les billets à ordre se rapprochent du billet de change, les mandats à ordre de la lettre de change, et ils doivent, pour être assimilés à cette dernière, contenir les énonciations énumérées aux chif. 2 à 8 de l'art. 722, en n'étant qualifiés ni de « chèques », ni d'effets « de change » ; mais il n'est pas nécessaire qu'ils soient qualifiés d' « assignations » ou « délégations »[1].

1066. Les titres des art. 838 et 839 *diffèrent* toutefois de la lettre de change sur les points suivants :

1° *les titres des articles 838 et 839*. A cet égard, nous possédons l'art. 842, qui est ainsi conçu : *Les dispositions de l'article 812 du présent Code, de même que les dispositions particulières des lois fédérales (« ou cantonales ») sur la procédure ou les voies d'exécution en matière de lettre de change ne s'appliquent pas aux réclamations s'appuyant sur des titres qui ne contiennent pas les mots « de change » ou « chèques »*. Dès lors, les billets et délégations à ordre sont recouvrables d'après les règles ordinaires de la procédure d'exécution et non d'après celles de la procédure spéciale en matière de change ;

2° *les titres de l'article 838*. A ce sujet, l'art. 840 nous dit : *Les dispositions concernant le recours pour obtenir une sûreté* (cfr. art. 827, chif. 5), *l'acceptation par intervention et le paiement par intervention* (cfr. art. 827, chif. 8), *qui, d'après l'article 827, 5° et 8°, s'appliquent aux billets de change, ne régissent pas les billets à ordre définis à l'article 838 ;*

3° *les titres de l'article 839*. Ils se distinguent essentiellement des lettres de change en ce que l'acceptation n'y est pas obligatoire. *Il n'y a pas lieu*, selon l'art. 841, *de présenter à l'acceptation les délégations à ordre définies à l'article 839. L'assigné à qui l'on en présenterait une, n'est pas obligé de déclarer s'il l'accepte ou la refuse* (cfr. toutefois art. 737 et 738, ainsi que 827, chif. 4, lorsqu'il

[1] *A. T. F.* XII, 653.

s'agira de délégations à un certain délai de vue ; protêt devra être dressé, dans ce cas, pour constater la présentation et le refus d'acceptation, sous peine de la perte du recours spécial contre les endosseurs et le tireur) ; *et, à défaut d'acceptation ou de déclaration de sa part, le porteur n'a le droit ni de faire dresser de protêt, ni d'exercer un recours* (le recours des art. 744 et s.). — *Si l'assigné accepte de son plein gré, il est tenu comme s'il s'agissait d'une lettre de change* (sous réserve de l'art. 842). *Toutefois, ni le premier porteur, ni ceux auxquels la délégation a été endossée ne peuvent invoquer le bénéfice de l'article 748.* L'usage des assignations commerciales est très grand en Allemagne ; ce sont de véritables traites, sauf que les mots « de change » n'y sont pas employés ; en dehors des conséquences se rattachant à l'acceptation et à la procédure d'exécution, elles sont réglées de la même manière que les lettres de change. Les tentatives faites en France pour introduire ces assignations ont été réprimées par la jurisprudence « comme un abus que les magistrats ne doivent pas consacrer ». On comprend que les tribunaux français aient pu parler d' « abus » en ce domaine, car l'assignation commerciale est loin d'offrir les garanties d'une lettre de change acceptée ou acceptable. De plus, le tireur d'une lettre de change doit immédiatement veiller à ce qu'il y ait provision chez le tiré, pour que l'acceptation ne soit pas refusée ; le souscripteur d'une délégation à ordre ne se préoccupera de la provision à faire qu'au moment de l'échéance, puisque le titre est un de ceux qu'il n'y a pas lieu de présenter à l'acceptation, — n'est qu'un mandat à ordre non acceptable.

CHAPITRE II

Des autres titres transmissibles par endossement.

1067. Les titres dont nous avons parlé jusqu'ici sont, ou des effets de change, ou des effets assimilés en général à ces derniers. Nous rencontrons aux art. 843 et s. le titre à ordre proprement dit : *Tout titre* — art. 843 — *par lequel le souscripteur s'engage à livrer dans un lieu et dans un temps déterminés une certaine somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles, peut être transmis par endossement, s'il a été expressément créé à ordre* (al. 1). Les éléments essentiels des titres ci-dessus sont :

1° l'indication du *lieu* du paiement ou de la livraison ;

2° l'indication de la *somme* à payer, ou des choses fongibles à livrer ;

3° le *nom* ou la raison de commerce du *preneur*, avec la clause « *à ordre* », — car on sait que le billet de change à son propre ordre n'est valable ni comme tel, ni comme effet de commerce endossable[1] ;

4° la *signature* du souscripteur, qui est toutefois soumise, non aux conditions de forme des art. 722, chif. 5, et 820, mais à celles des art. 12 et 13 ;

5° l'indication du *temps* du paiement ou de la livraison. Le Code parle d'un temps « déterminé ». Ce mot signifie-t-il qu'une échéance absolument certaine doit être mentionnée sur le titre, ou bien suffit-il que l'échéance soit fixée comme en matière de lettre de change, par exemple à vue ou à un certain délai de vue ? Il semblerait, à ne consulter que le texte de l'art. 843 et à le rapprocher de l'art. 722, chif. 4, que le mot « déterminé » dût être interprété strictement. D'un autre côté, des considérations pratiques militent en faveur d'une interprétation extensive et il n'y a aucun motif raisonnable pour ne pas l'admettre, du moment que l'on ne s'en tient pas à la lettre de l'art. 843. C'est aussi l'opinion à laquelle le Tribunal fédéral paraît s'être arrêté[2].

Les al. 2 et 3 de l'art. 843 disposent en outre : *Le débiteur ne peut opposer d'autres exceptions que celles qui résultent du titre même ou celles qu'il a directement contre le demandeur. — Il n'est tenu de payer que contre la remise du titre à ordre dûment acquitté*. Ajoutons que l'on est d'accord pour reconnaître que, contrairement au droit commercial allemand, notre Code n'exclut pas les papiers à ordre fondés sur des obligations naissant de contrats bilatéraux ; mais il ne permet pas qu'on fasse valoir ces contre-réclamations en dehors des conditions prévues au 2me al. de l'art. 843.

1068. L'art. 844 prescrit : *Les titres à ordre mentionnés à l'article précédent et tous autres titres transmissibles par endossement (certificats de dépôt, warrants, bulletins de chargement, etc. ;* cfr. art. 209 et 212) *sont soumis aux dispositions relatives aux lettres de change, en ce qui concerne la forme de l'endossement* (cfr. 729 et s.), *la justification du droit de propriété du porteur* (cfr. art. 755 et aussi 637, al. 4 et 5), *l'annulation* (cfr. art. 793 et s. ; voir également al. 2 de notre texte) *et l'action en restitution* (cfr. art. 790). — *Néanmoins, l'annulation des actions transmissibles par endossement* (cfr. art. 637, al. 3) *est soumise*

[1] *A. T. F.* XIII, 232 et s.
[2] *A. T. F.* X, 284.

aux dispositions qui régissent les titres au porteur (cfr. art. 850 et s.), *si les statuts de la société ne prescrivent pas un mode spécial de procéder*. Les actions endossables de la fin de l'art. 844 rentrent dans la catégorie des « autres titres transmissibles par endossement » et sont soumises aux mêmes règles que ces derniers quant à la forme de l'endossement, à la justification du droit de propriété et à la demande en restitution; seule, la procédure d'annulation est, en principe, différente. N'oublions pas que les dispositions sur la matière de lettre de change ne sont applicables aux titres à ordre des art. 843 et s. que dans la mesure fixée par l'art. 844; pour le surplus, il y a lieu de s'en tenir aux principes généraux du droit. Le législateur a encore soin de nous dire, à l'art. 845 : *Les dispositions relatives au recours exercé en vertu d'une lettre de change* (cfr. art. 762 et s.), *ne sont pas applicables aux titres à ordre ou autres valeurs transmissibles par endossement, lorsqu'ils ne réunissent pas les conditions exigées pour les lettres de change, les chèques ou les billets analogues dont traite le chapitre premier du présent titre. — Les recours en matière de warrants demeurent soumis à la législation cantonale.* Bâle et Genève possèdent seules des lois sur la matière des warrants, qui, comme effets de commerce, ne sont qu'une variété des billets à ordre à dater de leur premier endossement. On sait qu'une loi française, du 18 Juillet 1898, a créé le *warrant agricole*, qui permet aux cultivateurs d'emprunter sur leurs récoltes tout en les conservant, contre remise d'un titre négociable et garanti par elles.

TITRE TRENTE-DEUXIÈME

DES TITRES AU PORTEUR[1]

CHAPITRE PREMIER

De la nature des titres au porteur.

1069. Nous nous contentons d'appeler l'attention sur ce qui sera exposé sous nº 1073 *bis*, avant de passer à l'étude des art. 846 et s., qui ne concernent, au reste, que les titres au porteur parfaits et non point ceux que la doctrine allemande appelle : *die hinkenden Inhaberpapiere*[2], c'est-à-dire des titres nominatifs à l'égard desquels le débiteur s'est, non pas imposé l'obligation, mais simplement réservé le droit de considérer tout détenteur comme le créancier. Notre loi ne se prononce pas catégoriquement pour l'une ou l'autre des deux théories, dites de « la création » ou de « l'émis-

[1] *Haberstich*, II, 762 ; *Jacottet*, 480 ; *Schneider et Fick*, 1022 et s. ; *Hafner*, 510 et s. ; *H. Rahn :* Ueber Inhaberpapiere nach schw. O. R., etc., in-8°, Zurich, 1896 ; W. *Jäggi :* Die Einreden gegen Forderungen aus dem Inhaberpapier, in-8°, Berne, 1893 ; *Zeitsch. f. d. g. Handelsrecht*, XXXVI (article de M. G. Carlin) ; *H. E.* VIII, 366, IX, 43, X, 319 ; cfr. *A. T. F.* XX, 1201 ; *Sem. jud.*, 1894, et 1897, p. 403 et s. (articles de M. G. Odier, sur les titres au porteur perdus ou volés) ; *Staub*, 785 et s. ; *J. d. T.* XXX, 602 ; *R. j. f.* II, 60 (les *Depositenscheine* de la Banque cant. de Zurich ne sont pas des titres au porteur, bien qu'ils indiquent que « tout porteur est considéré comme légitimé à en recevoir le paiement ») ; *R. j. f.* I, 11 (un titre : « bon pour 2000 fr. payables à la première demande », daté et signé, est un papier au porteur) ; *A. T. F.* XX, 925 (l'endossement en blanc d'un titre nominatif n'a point pour effet de le transformer en titre au porteur), XXIII, 926 et s. (les *actions au porteur* des sociétés anonymes ne sont point régies par les art. 846 et 847, en ce qui concerne le *droit de vote*, qui n'appartient qu'au véritable propriétaire, et non au propriétaire simulé ; — voir ad art. 640, alin. 2).

[2] *A. T. F.* XXIII, 787.

sion », — *Creationstheorie* et *Begebungstheorie* (voir cependant sous nº 1070 *bis, in fine*).

1069 *bis*. Les titres au porteur ne sont pas créés au profit d'une personne déterminée. Ils ont pour but de permettre à leur acquéreur de justifier de son droit de propriété par le seul fait de la détention et d'autoriser le débiteur à payer valablement contre la seule remise du titre, qui incorpore la créance en quelque sorte. Ils sont assimilés aux meubles corporels (cfr. art. 208 et 213) et la propriété s'en transmet par tradition manuelle. Les billets de banque sont la forme principale des titres au porteur (cfr. loi féd. du 8 Mars 1881) ; nous avons en outre des actions, des obligations, des assignations (cfr. art. 413), des coupons au porteur, etc. Il faut enfin ranger parmi les titres des art. 846 et s. la *rente suisse des chemins de fer* qui, alors même qu'elle est constatée par une inscription, qu'elle est nominative, n'en conserve pas moins son caractère primordial de titre au porteur, ensorte que la propriété s'en transfère conformément aux art. 199 et s., que le nantissement s'en opère selon l'art. 210 et l'annulation d'après les art. 849 et s. Cette rente, remboursable seulement au gré du débiteur, est d'ailleurs, comme cela résulte de ce que nous venons de dire, une *res in commercio*, qui est saisissable et qui n'est point exempte de l'impôt, ceci à l'opposé de ce qui existe en France pour les rentes sur l'Etat. Ne sont pas des titres au porteur, les carnets de caisse d'épargne [1], les bons de dépôt, les polices d'assurance, les billets de théâtre ou de chemin de fer, etc., enfin tous les titres qui sont simplement destinés à procurer ou à faciliter la légitimation du créancier (voir, en outre, note en tête du titre XXXIII).

1070. L'art. 846 est de la teneur suivante : *Tout détenteur d'un titre stipulé payable au porteur est censé avoir le droit d'en réclamer le paiement* (al. 1). Ce texte n'établit donc qu'une présomption, et non une *præsumptio juris et de jure*. Le débiteur a le droit de payer au porteur, la détention du titre constituant une légitimation suffisante ; il aura même l'obligation de s'acquitter entre les mains du porteur, à moins qu'il ne veuille entreprendre la preuve difficile du défaut de légitimation de ce dernier. En d'autres termes, le porteur est réputé le légitime créancier, mais rien de plus ; le fardeau de la preuve contraire incombe entièrement au débiteur. *Toutefois le débiteur ne peut plus valablement payer lorsque les autorités judiciaires ou de police* (compétentes) *lui en ont fait défense* (al. 2) ; cfr. art. 851 et 857. Aussi longtemps qu'une défense régulièrement faite ne lui est point parvenue, le débiteur se trouve dans la situation précédemment définie, et, dans

[1] *A. T. F.* XXV [2], 326 et s.

tous les cas, il serait libéré par la simple remise à lui faite du titre, que le détenteur eût acquis ce dernier de bonne ou de mauvaise foi ; il faut cependant admettre la réserve suivante : si le débiteur était *malae fidei*, lorsqu'il a payé, s'il avait su ou dû savoir que le porteur était un voleur, par exemple, il encourt une responsabilité soit civile, soit même pénale s'il est un complice, et cela quand bien même une défense de payer ne lui aurait pas encore été faite par l'autorité compétente. Quoi qu'il en soit, celui qui perd un titre au porteur, d'une manière ou de l'autre, fera bien de rechercher immédiatement l'autorisation mentionnée à l'art. 846, alin. 2. Sur la revendication des titres au porteur, consulter les art. 205 à 208.

1070 *bis*. D'après l'art. 847 : *Le débiteur ne peut opposer à la demande fondée sur un titre au porteur que les exceptions tirées de la nullité du titre ou dérivant de son texte même*. Il peut donc exciper du défaut de validité du titre, de sa falsification, de son annulation ; il peut également opposer la prescription, ainsi que le défaut de capacité de s'obliger, soit les exceptions objectives même qui ne résulteraient pas directement du titre, pourvu qu'elles puissent être « tirées de sa nullité ». On est en droit de se demander si le débiteur peut aussi faire valoir contre le détenteur les exceptions qu'il a directement contre ce dernier et, en particulier, l'exception de compensation. Nous avions admis l'affirmative, à l'origine, mais nous devons reconnaître que l'art. 847 est plutôt contraire à cette interprétation et que le créancier aurait toutes facilités, en chargeant un tiers d'encaisser, de se soustraire à l'effet de semblables exceptions, — sauf, sans doute, l'*exceptio doli* dans le sens indiqué sous n° 1070. Mais cette solution n'en est pas moins d'une rigueur un peu artificielle, et elle ne se comprend plus guère lorsque le porteur n'use pas du subterfuge ci-dessus. Il va sans dire qu'il est interdit au débiteur d'opposer les exceptions provenant du chef d'un précédent détenteur. Nous pourrions constater ici que, sans l'exprimer directement, notre Code se rattache à la *Creationstheorie*, comme le Code civil allemand (§ 796) ; il s'écarte donc de la *Begebungstheorie*, et, dès que le titre a été émis, il ne donne plus d'exception fondée sur la circonstance que l'émission aurait été viciée par suite de perte, de vol, etc.

L'art. 848 dit encore : *Le débiteur n'est tenu de payer au porteur que contre la remise du titre, à moins que l'annulation n'en ait été prononcée ;* cfr. art. 102.

CHAPITRE II

De la procédure d'annulation en cette matière[1].

1071. Le détenteur d'un titre au porteur est exposé à des accidents plus nombreux que tout autre créancier. Non seulement son titre peut être détruit par un cas fortuit ou de force majeure, mais, s'il lui est volé ou s'il est perdu, le voleur et l'inventeur ont beaucoup plus de facilité d'en obtenir le paiement que s'il s'agissait d'un titre au nom d'une personne déterminée. Il était donc nécessaire d'atténuer les effets de la perte des titres au porteur et de créer un système particulier d'annulation.

Notre Code distingue deux procédures d'annulation, la procédure ordinaire des art. 849 à 856, et celle de l'art. 857 à laquelle nous rattacherons l'espèce de l'art. 858. Les formes, les conditions et les effets de l'annulation sont très différents dans ces trois cas.

1072. *Procédure ordinaire*, à l'égard des titres énumérés comme suit à l'art. 849 : *En cas de perte de titres au porteur munis de feuilles de coupons ou d'un talon pour le renouvellement des feuilles de coupons, ou donnant au porteur du titre lui-même le droit de percevoir des redevances périodiques (intérêts, dividendes, arrérages, etc.), il y a lieu, pour faire prononcer l'annulation du titre, de procéder conformément aux dispositions qui suivent.* Ces titres, munis de feuilles de coupons ou d'un talon pour le renouvellement des dites feuilles, sont annulés en cas de perte d'après les art. 850 et s., en opposition aux titres des art. 857 et 858. Les titres au porteur de l'art. 849 s'entendent essentiellement des actions, des obligations de compagnies de chemins de fer, d'établissements financiers, etc., portant intérêt, tandis que l'art. 857 vise les titres dont le montant s'acquitte en une seule fois et à une échéance déterminée. Quant aux *carnets de caisse d'épargne*, voir ce que nous en avons dit à propos de l'art. 105.

Le demandeur, dispose l'art. 850, *est tenu d'établir auprès du*

[1] *R. j. f.* II, 60 (voir ad art. 816): V, 117. Voir aussi *ibid.* VIII, 78 (l'art. 849 est applicable aux *unvollkommene Inhaberpapiere*); cfr. *H. E.* IX, 366. XII, 10 (solution contraire, art. 105 applicable ; — voir ad art. 105).

juge du domicile du défendeur (on a traduit : *Schuldner* par défendeur, alors qu'il eût été préférable de traduire littéralement par : *débiteur) qu'il a possédé le titre et qu'il l'a perdu. — Lorsqu'il a perdu seulement la feuille de coupons ou le talon correspondant à son titre, il n'a besoin de produire à l'appui de sa demande d'annulation que le titre même.* On comprend par « demandeur », le *dernier porteur*, qu'il soit d'ailleurs propriétaire, créancier-gagiste, usufruitier ; il doit établir, ou plutôt « rendre plausible » — *glaubhaft machen,* — qu'il « a possédé » le titre, en invoquant tous ses moyens de preuve et en cherchant à le décrire assez exactement pour que son identité ne soit pas douteuse. *Si,* ajoute l'art. 851, *le juge tient pour dignes de foi* (il n'est donc pas nécessaire d'effectuer une preuve complète) *les allégations du demandeur touchant la possession et la perte du titre, il somme, par un avis public, le détenteur inconnu de produire ce titre dans le délai de* TROIS ANS *au moins, à dater de la première publication, faute de quoi l'annulation en serait prononcée. — Sur la requête du demandeur, le juge peut interdire au débiteur du titre d'en payer le montant sous peine de payer deux fois* (cfr. art. 846, al. 2). — *S'il s'agit de l'annulation de feuilles de coupons, on applique, quant aux coupons devant échoir pendant le cours de la procédure, les règles prescrites à l'article 857.* Le délai minimal à partir duquel l'annulation peut être prononcée est de *trois ans* à dater de la première sommation, — ce qui est excessif, du moins pour les coupons détachés. Les premiers projets renfermaient un article en vertu duquel la sommation avait pour effet d'interrompre la prescription des droits du demandeur ; cet article a été supprimé, parce qu'il n'y avait pas de raison pour traiter plus favorablement celui qui a perdu un titre au porteur que celui qui a perdu une lettre de change. *La sommation de produire le titre* — art. 852 — *doit être publiée trois fois dans la Feuille officielle du commerce. — Le juge peut, en outre, prescrire telles autres mesures de publicité qu'il croirait utiles,* — insertions dans d'autres journaux, sommation personnelle au détenteur présumé, etc.

Si, par suite de cette publication — art. 853, — *le titre perdu est produit, un délai convenable sera fixé au demandeur pour en vérifier l'identité et l'authenticité et formuler telles conclusions qui lui paraîtraient nécessaires, spécialement pour obtenir des mesures provisionnelles en vue d'un procès en revendication* (cfr. art. 205 à 208) *ou d'une poursuite pénale. — S'il n'est formulé dans ce délai aucunes conclusions tendant à provoquer d'ultérieures décisions de sa part, le juge ordonnera la restitution du titre produit, lèvera la défense de payer et rejettera la demande d'annulation.* Comme on le voit, le demandeur doit agir immédiatement après la production du titre et, s'il constate que c'est bien son titre qui a été produit, requérir des mesures provi-

soires jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande en revendication introduite ou la plainte portée contre le détenteur. Il priera notamment le juge de prolonger la défense du 2me al. de l'art. 851, ou d'imposer au défendeur l'obligation de fournir des sûretés avant de pouvoir toucher le montant du titre litigieux, etc.

Lorsque, dit l'art. 854, *le délai fixé dans la sommation* (cfr. art. 851, al. 1) *est expiré sans que le titre ait été produit, le juge peut* (il n'y est pas astreint) *en prononcer l'annulation ou ordonner, s'il y a lieu, d'autres mesures,* — un nouveau délai, de nouvelles insertions, etc. S'il doit reconnaître que le fait de la perte n'est pas suffisamment établi ou n'est pas digne de foi, le juge repousse la demande d'annulation. Lorsque les conclusions du demandeur lui sont adjugées, l'art. 855 dispose : *L'annulation d'un titre au porteur sera immédiatement rendue publique par voie d'insertion dans la Feuille officielle du commerce et par tels autres moyens que le juge estimera convenables* (cfr. art. 852).

Une fois l'annulation prononcée — art. 856 — *celui qui l'a poursuivie a le droit d'exiger qu'il lui soit remis, à ses frais, un titre nouveau et, suivant les circonstances, une nouvelle feuille de coupons, ou enfin que paiement lui soit fait si le titre est échu* (cfr. art. 848), — ou, plutôt, si la prestation est déjà exigible *(fällig).*

1073. *Hypothèses spéciales ;*

a) *cas de l'art. 857.* Ici, nous n'avons pas précisément à faire à une procédure d'annulation ; les titres visés par l'art. 857 sont de ceux à l'égard desquels il y a des inconvénients à rendre l'annulation possible. L'art. 857 est, au reste, ainsi conçu : *Lorsque les pièces perdues sont des coupons* ISOLÉS *ou d'autres papiers au porteur qui ne donnent pas au porteur du titre lui-même le droit de percevoir des redevances périodiques et qui ne sont munis ni de feuilles de coupons ni d'un talon, le juge du domicile du débiteur peut, sur la requête de la personne qui établit* (qui rend plausible le fait d'avoir, etc., — *glaubhaft zu machen vermag) avoir possédé et perdu la pièce, ordonner que la somme à payer sera consignée en justice soit immédiatement, soit à l'échéance, suivant qu'elle est échue ou non, pour être délivrée au demandeur après l'expiration du délai de prescription* (cfr. art. 146, 147, 151) *si aucun ayant droit ne s'est présenté jusqu'à cette époque.* La procédure spéciale de l'art. 857 s'applique donc à des *coupons isolés*, mais non à des feuilles de coupons (cfr. art. 849) ou à d'*autres papiers au porteur* dont le montant s'acquitte en une seule fois et à une échéance fixée[1].

[1] *J. d. T.* XXXVII, 571.

b) *cas de l'art. 858.* Cet article est rédigé comme suit : *Lorsqu'il s'agit de* BILLETS DE BANQUE *ou d'autres titres au porteur analogues, émis en grande quantité, payables à vue et représentant par eux-mêmes une valeur déterminée (bons de caisse de l'Etat, des communes, etc.), on ne peut, en cas de perte, ni en faire prononcer l'annulation* (cfr. art. 850 et s.), *ni suivre la marche tracée par l'article 857.* Ces titres, qui sont en réalité du papier-monnaie, sont traités comme tel ; l'annulation de semblables titres au porteur, qui circulent très facilement et très rapidement, serait dangereuse pour le crédit public. Les billets de banque ne sont d'ailleurs pas revendicables (cfr. art. 208, chif. 1), mais bien les « autres titres au porteur analogues » de l'art. 858 ; en revanche, ni les uns ni les autres ne sont susceptibles d'annulation.

TITRE TRENTE-TROISIÈME

DU REGISTRE DU COMMERCE, DES RAISONS DE COMMERCE ET AUTRES, ET DES LIVRES DE COMPTABILITÉ[1]

CHAPITRE PREMIER

Du registre du commerce.

1074. I. *Historique et généralités.* L'institution du registre du commerce, inconnue en France et dans la Suisse romande[2], ne se rencontrait que dans un certain nombre de cantons suisses avant le 1er Janvier 1883, ainsi à Zurich, à Schaffhouse, à Bâle-Ville, à St-Gall, etc. Mais elle existait en Allemagne depuis la promulgation du Code de commerce qui l'étendit à tout l'Empire; certaines villes, Francfort, Augsbourg l'ont possédée dès les premières années du XVIIIme siècle.

1075. Le registre du commerce de la législation allemande a

[1] *Haberstich*, II, 769 et s.; *Jacottet*, 488 et s.; *Schneider et Fick*, 1033 et s.; *Hafner*, 515 et s.: *Lefort*, l. c.: *Zeitsch. des bern. J. V.* XXVI, 511 et s. (article de M. le prof. Zeerleder); *Zeitsch. für schw. R.* II, n. s. 430 (article de M. le prof. Speiser), XIV, 337 (article de M. L. Siegmund). *L. Siegmund:* Handbuch für die schw. Handelsregisterführer, in-8°, Bâle, 1892 (ouvrage officiel, traduit en français, par H. Lefort, in-8°, Bâle et Genève, 1893).

[2] A Genève cependant l'art. 3 d'un règlement du 6 Septembre 1698 porte: « Que tous les négociants qui sont présentement en cette ville ou qui s'y établiront par la suite, seront tenus de se faire inscrire ou immatriculer sur un livre qui sera tenu dans la susdite chambre (chancellerie), dans lequel on inscrira leurs noms et surnoms, ainsi que tous ceux qui auront part dans une société. Tous les associés seront obligés d'insérer dans leur inscription les clauses de leurs sociétés qui auront quelque rapport au public, etc. ». Le Livre des raisons de commerce subsista jusqu'en 1805.

un caractère exclusivement commercial. Il n'en est pas ainsi d'après notre Code fédéral, qui dispose à l'art. 865 que « toute personne capable de s'obliger par contrat a le droit de se faire inscrire sur le registre du commerce du lieu où elle demeure ». Le registre du commerce, mentant à son nom, est donc ouvert, non seulement aux gens de négoce, mais à tous *ceux qui ont la capacité de contracter*. Par contre, l'inscription n'est obligatoire que pour les commerçants et les sociétés commerciales ; elle est facultative pour les autres. La loi détermine dans chaque cas particulier les effets de l'inscription, ensorte que celle-ci ne confère pas nécessairement à la personne inscrite la qualité de commerçant (cfr. cependant l'art. 39 L. P.). Le commerçant *doit*, le non-commerçant *peut* s'inscrire, mais ce dernier, alors même qu'il s'inscrit, ne passe pas dans la classe des commerçants ; son inscription n'entraîne pour lui que certaines conséquences, entre autres celles de l'art. 720, al. 2. Comme le registre du commerce n'est pas destiné au commerce seul, M. Lefort a proposé de l'appeler, ce qui serait plus exact mais moins précis : le « registre des inscriptions officielles ».

Le but du registre du commerce est de fournir au public, au monde des affaires notamment, des renseignements officiels aussi complets que possible sur les noms des membres, des représentants, des administrateurs des sociétés, ainsi que sur les statuts ou les conditions d'existence de certaines sociétés, comme aussi sur les noms des particuliers qui font le commerce, exploitent une fabrique ou une industrie en la forme commerciale, ou jugent à propos de se faire inscrire bien qu'ils n'y soient point tenus. Cette institution a acquis une importance très considérable depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, qui prévoit une procédure d'exécution différente, suivant que le débiteur est ou n'est pas inscrit au registre du commerce (cfr. art. 39 de la dite loi). L'application de cette loi a d'ailleurs provoqué une revision des art. 859, 864 et 865 C. O., ainsi que du Règlement du 7 Décembre 1882 sur le Registre du commerce et la Feuille officielle du commerce (nouvelle loi du 11 Décembre 1888 et nouveau Règlement du 1er Mai 1890. applicable dès le 1er Janvier 1891).

1076. II. *Organisation et tenue du registre*. L'art. 859 dispose : *Il est tenu dans chaque canton un registre du commerce, sur lequel doivent être faites les inscriptions prescrites par le présent Code. — La législation cantonale désigne les fonctionnaires chargés de la tenue et de la surveillance du registre du commerce. — Chaque canton est libre d'instituer des registres spéciaux par district et d'en confier à des fonctionnaires spéciaux la tenue et la surveillance*. Un 4me alinéa, ajouté à notre article par la loi du 11 Décembre 1888. est ainsi conçu : *Le Conseil fédéral détermine par voie de règlement l'organisation, la te-*

nue et le contrôle des registres du commerce, la procédure à suivre en matière d'inscriptions, les émoluments à payer, les voies de recours et l'organisation de la Feuille officielle du commerce. Comme on le voit, les compétences sont partagées, dans ce domaine. entre la Confédération et les cantons. Nous avons d'abord :

1° *L'organisation fédérale.* Elle a sa source dans le Règlement du 6 Mai 1890 sur le Registre du commerce et la Feuille officielle du commerce ; voir l'art. 893 C. O., que nous nous bornons à signaler ici, sans le transcrire.

Le registre du commerce est divisé en trois parties : le *registre principal*, le *registre spécial* et le *registre des procurations non commerciales.* Dans le registre principal, figurent les inscriptions prévues par les art. 865, al. 2 et 4, 422, al. 1 et 2, 552, 590, 623, 676, 680, 716 C. O., et, éventuellement, celles relatives au régime matrimonial (cfr. art. 20 loi féd. du 25 Juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour). Le registre spécial contiendra les inscriptions faites en conformité de l'art. 865, al. 1. Le registre des procurations non commerciales est destiné aux fondés de procuration pour l'exploitation d'industries ou d'entreprises autres que celles visées par l'art. 865, al. 4 (cfr. art. 422, al. 3).

Le registre principal lui-même est divisé en deux livres : le *journal* et le *livre analytique*, ce dernier muni d'un *répertoire alphabétique* des raisons de commerce inscrites et de toutes les personnes portées dans le livre. Le registre spécial comprend un *livre chronologique*, dans lequel le préposé fait les inscriptions au fur et à mesure qu'elles sont requises, et un *répertoire.* Les procurations non commerciales sont inscrites, comme les procurations commerciales, dans le registre principal (ou registre A.), avec le numéro d'ordre courant ; et c'est sur la base des inscriptions au journal que le préposé dresse une *liste des procurations non commerciales* avec *répertoire alphabétique.*

Les émoluments d'inscription et de radiation sont fixés diversement, suivant les cas, par les art. 38 et s. du Règlement de 1890 ;

2° puis, *l'organisation cantonale.* Chaque canton a la sienne propre, en ce qui a trait au nombre des registres du commerce (s'il en est institué plus d'un par canton) et aux fonctionnaires chargés de la tenue de ces registres. Nous nous contenterons de dire que, dans la Suisse romande, l'organisation est la suivante :

a) *Jura bernois :* un registre par district ; préposé, le greffier du Tribunal ; autorité de surveillance, la Direction de Justice (loi du 31 Décembre 1882) ;

b) *Fribourg :* même organisation, sauf que la surveillance est exercée par les Présidents de Tribunaux, avec la Direction de Justice comme autorité supérieure (loi et arrêté des 13 et 29 Décembre 1882) ;

c) *Tessin :* un registre par district ; tenu par le conservateur des hypothèques ; autorité de surveillance, Département de Justice, avec droit de recours au Conseil d'Etat (loi du 16 Novembre 1882);

d) *Vaud :* comme le Jura bernois et Fribourg, sauf que le Tribunal cantonal est l'autorité de surveillance (loi du 12 Décembre 1882, arrêtés du 21 Décembre 1882 et du 22 Mars 1883);

e) *Valais :* trois arrondissements, avec un fonctionnaire spécial pour la tenue du registre ; le premier arrondissement (bureau à Brigue) comprend les districts de Conches, Brigue, Viège, Rarogne, Louèche, et le registre y est tenu en allemand, tandis qu'il est tenu en français dans les deux autres arrondissements suivants, l'un embrassant les districts de Sierre, Sion, Hérens, Conthey (bureau à Sion), l'autre, les districts de Martigny, Entremont, St-Maurice, Monthey (bureau à St-Maurice) ; autorité de surveillance, Département de Justice et Police (arrêté du 27 Décembre 1882);

f) *Neuchâtel :* comme le Jura bernois, Fribourg et Vaud (décret du 23 Novembre 1882);

g) *Genève :* un registre unique pour tout le canton ; tenu par un fonctionnaire spécial ; autorité de surveillance, Département des Finances.

1077. Le droit de *haute surveillance* appartient au Conseil fédéral. C'est à lui qu'il incombe de donner les directions nécessaires pour la *tenue* du registre du commerce, de prescrire des *inspections* spéciales et aussi de statuer sur les *recours* dirigés contre les autorités cantonales de surveillance ; le Bureau fédéral du registre du commerce est placé sous ses ordres. Il peut exiger des gouvernements cantonaux la suspension ou la destitution des préposés qui ne s'acquittent pas de leurs fonctions en conformité des dispositions réglementaires.

Le registre du commerce doit être accessible au public tous les jours ouvrables. pendant les heures de bureau fixées par l'autorité cantonale. Toute personne est autorisée à le consulter gratuitement ; le préposé est tenu, en outre, d'en délivrer des extraits certifiés conformes, ainsi que des déclarations constatant qu'un fait déterminé n'est pas inscrit au registre, le tout contre paiement des émoluments réglementaires. Le registre est tenu dans l'une des trois langues nationales. Les inscriptions y sont faites sur une déclaration verbale et signée en présence du préposé, ou sur une déclaration écrite, dûment légalisée, des personnes qui ont le droit ou qui sont obligées de s'inscrire. Elles seront portées sur le registre sans ratures, surcharges, ni interlignes. Les erreurs découvertes avant la clôture de l'inscription sont rectifiées en marge et les rectifications attestées de la même manière que l'inscription proprement dite ; le redressement des erreurs découvertes plus tard ne peut avoir lieu qu'au

moyen d'une nouvelle inscription. Les préposés sont astreints enfin à conserver avec soin les livres servant aux inscriptions et les pièces s'y rattachant, ainsi que la collection de la Feuille officielle du commerce ; ils dresseront et tiendront à jour un inventaire des archives de leur bureau, et ne se dessaisiront que contre un récépissé des pièces dont ils devront se « dénantir » dans un but quelconque, par exemple en vertu d'une ordonnance du juge. Ajoutons que les registres ne peuvent être détruits ; les annexes peuvent l'être, en revanche, trente ans à partir de la radiation de l'inscription à laquelle elles se réfèrent.

1078. Dans le registre principal, les *inscriptions* au journal se font suivant l'ordre chronologique ; s'il s'agit de sociétés anonymes, de sociétés en commandite par actions ou d'associations, le journal ne contient que les extraits prévus aux art. 621, 680 et 681 C. O. ; on procède de la même manière à l'inscription des « autres sociétés » de l'art. 716. Les inscriptions sont datées et munies de numéros d'ordre suivant une série qui recommence avec chaque année civile ; elles sont de plus signées par les personnes inscrites, lorsque la déclaration a été faite verbalement, et attestées par la signature du préposé, cette attestation suffisant lorsque la déclaration a eu lieu par écrit. Le livre analytique est tenu sous forme de tableau, où chaque raison de commerce reçoit un folio sur lequel le préposé reporte, selon les indications du journal, toutes les inscriptions relatives à cette raison. Avant d'inscrire une raison de commerce, le préposé examine *si elle est admissible* d'après les art. 867 à 874 C. O. et si elle n'est pas déjà inscrite pour la même localité. Lorsqu'une personne ou une société astreinte à se faire inscrire aux termes de l'art. 865, al. 4, ne satisfait pas à cette obligation, ou qu'un tiers, avec indication de motifs, exige l'inscription d'une personne ou d'une société, le préposé doit sommer la personne ou la société en question de se faire inscrire dans les cinq jours ou d'exposer par écrit les raisons de son refus ; si, dans ce délai, l'inscription n'est pas effectuée ou qu'aucune raison ne soit invoquée pour justifier le défaut d'inscription, le préposé inscrit d'office et dénonce le contrevenant à l'autorité cantonale de surveillance qui prononce une amende disciplinaire : si des raisons sont alléguées, l'autorité de surveillance statue dans les cinq jours sur leur mérite, sous réserve d'un recours au Conseil fédéral (art. 26 du Règlement). Les inscriptions au registre spécial (registre B.) sont portées dans le livre chronologique et reçoivent un numéro d'ordre ; chaque inscription est attestée par la signature du préposé.

Quant aux *radiations* (art. 866 C. O.) sur le registre A., elles sont considérées comme des inscriptions nouvelles ; et il en est de même des *modifications*. Elles s'opèrent sur déclaration verbale,

ou écrite et légalisée. Les radiations se font d'office : 1° en cas de faillite ; 2° lorsque, ensuite du départ ou du décès du titulaire, la raison de commerce a cessé d'être exploitée et qu'il s'est écoulé un an dès cette époque sans que lui-même ou ses successeurs aient requis la radiation, ou aient pu y être contraints par le préposé, ou encore, lorsqu'une société en nom collectif ou en commandite a cessé d'exister par suite du départ, du décès, de la faillite ou de la mise sous tutelle de tous les associés, et que les personnes tenues de requérir la radiation n'ont pu y être astreintes ; 3° à la suite d'un jugement ordonnant de radier ; 4° pour les succursales, lorsque l'établissement principal a été radié. Les radiations sur le registre B. s'opèrent également en vertu d'une déclaration verbale où écrite ; il y est procédé d'office : 1° en cas de décès de la personne inscrite ; 2° en cas d'interdiction ; 3° en cas de départ.

1079. L'art. 862 prescrit en outre : *Les inscriptions sur le registre du commerce doivent être publiées intégralement et sans retard par la Feuille officielle du commerce. — La publication partielle ou par extrait n'est admissible que dans les cas expressément prévus par la loi* (cfr. art. 621, 676, 681). — *Le fonctionnaire préposé au registre*[1] *est chargé d'office de veiller à cette insertion et de prendre les mesures nécessaires contre les retardataires.* Cette *Feuille officielle du commerce* est placée sous la direction du Bureau fédéral du registre du commerce, qui examine le contenu des extraits, pour s'assurer s'ils sont conformes à la loi, puis les fait insérer dans la dite feuille. Toutes les publications ont lieu dans la langue originale (cfr. art. 42 et s. du Règlem. féd. précité de 1890).

1080. III. *Inscriptions obligatoires*. Sont *tenus* de s'inscrire au registre du commerce (registre A.) :

A. Les *raisons de commerce individuelles*, c'est-à-dire quiconque fait le commerce, exploite une fabrique ou exerce en la forme commerciale une industrie quelconque : les entreprises dont il s'agit sont, d'après l'art. 13 du Règlement fédéral du 6 Mai 1890, qui les spécifie d'une manière obligatoire pour le juge :

1. Les *entreprises commerciales*, lesquelles comprennent :

a) l'achat et la vente, opérés par quelqu'un en la forme commerciale, pour son propre compte, d'objets quelconques, dans l'intention de réaliser un bénéfice et avec un bureau ou magasin permanent (commerce de gros, de mi-gros et de détail) ;

b) l'entremise professionnelle de ventes et d'achats quelconques, dans le but d'en tirer un bénéfice (provision, courtage, commission,

[1] Voir note ad art. 824 (le texte allemand dit : *Registerbehörde*).

etc.) et avec un bureau permanent (agents, agents de change, courtiers, commissionnaires, etc.) ;

c) l'exploitation commerciale ou l'entreprise d'opérations quelconques d'argent, de change, d'effets de commerce ou de bourse, avec bureau permanent (banques, bureaux de change, bureaux d'encaissement ; la profession des agents, agents de change et courtiers, ainsi que celle des avoués, notaires et avocats, à moins qu'ils ne s'occupent exclusivement d'affaires juridiques dans le sens restreint du mot, ou ne soient fonctionnaires) ;

d) l'expédition, exploitée en la forme commerciale, de personnes, d'objets, de nouvelles, etc., avec bureau permanent (établissement de transport, grandes institutions de portefaix, agences de journaux et de télégrammes, etc.) ;

e) les agences de placement dont l'exploitation se fait en la forme commerciale, les établissements de prêt sur gage, etc. ;

f) les entreprises d'assurance de tout genre.

2. Les *entreprises industrielles*, savoir :

la transformation professionnelle de matières premières ou de marchandises en un nouveau produit, dans un but de vente ou sur commande, — ainsi que les entreprises qui ne font qu'améliorer les marchandises ou les approprier à un certain but (ateliers de teinturerie, d'apprêtage, etc., et en général les industries dites de perfectionnement).

3. Les *autres métiers exploités en la forme commerciale*. Rentrent dans cette catégorie :

a) les entreprises ayant pour but de recueillir des produits naturels et de les vendre (mines, puits, ateliers de lavage de minerais, exploitations de tourbe, carrières, établissements d'horticulture, laiteries, fromageries, etc.) ;

b) les entreprises dont l'exploitation suppose des connaissances scientifiques ou spéciales d'un genre quelconque (pharmacies, maisons de santé, établissements curatifs, laboratoires de chimie, imprimeries, établissements d'éditeurs, etc.) ;

c) les entreprises qui, vu leur importance et leur exploitation, sont assimilées aux entreprises commerciales et industrielles (entreprises d'artisans qui ont un magasin de vente ou qui exploitent leur industrie en grand, de telle sorte qu'une tenue de livres régulière leur est nécessaire ; entreprises de maçonnerie, de charpenterie ou de menuiserie ; entreprises de construction ; parqueteries et industries analogues ; brasseries, distilleries, etc.) ;

d) les entreprises qui font métier d'acheter des denrées alimentaires ou des boissons et de les débiter à leurs clients, telles quelles ou préparées, dans des locaux spéciaux, qu'elles y logent en même

temps les voyageurs ou non (hôtels, auberges, établissements curatifs, pensions d'étrangers, etc.).

Ne sont pas astreintes à se faire inscrire au registre du commerce les entreprises énumérées sous chiffre 1, lettre *a*, et sous chiffres 2 et 3, lorsque leurs marchandises en magasin n'ont pas, en moyenne, une valeur d'au moins 2000 fr. ou que leur vente annuelle (recette *brute* de l'année) *ou*[1] la valeur de leurs produits annuels reste au-dessous de 10,000 fr.

Nous avons reproduit textuellement l'énumération du décret; nous n'en avons pas même modifié le français. On critiquera ce vaste appareil de distinctions; nous estimons que le législateur n'aura pas à regretter d'avoir donné le plus de directions possible aux autorités compétentes et de renseignements au public. Au surplus, les diverses catégories faites ci-dessus ne sont point limitatives; elles sont établies à titre d'exemples; le tableau pourra être complété.

On doit inscrire aussi les *modifications* qui surviennent dans la raison de commerce et le fait qu'elle a cessé d'exister (voir plus haut); les *succursales* seront également inscrites dans le lieu où elles sont établies, à condition que l'établissement principal soit lui-même inscrit ou, s'il s'agit d'établissements principaux étrangers situés dans un pays où l'institution du registre du commerce est inconnue, à condition qu'il soit prouvé par un document officiel que la raison de commerce existe en droit dans le lieu du principal établissement (cfr. art. 865, al. 4, 866 C. O. et art. 22 et 23 du Règlement de 1890); le commerçant astreint à se faire inscrire doit faire inscrire à la fois son nom et sa raison de commerce, et non pas seulement son nom personnel; cfr. encore art. 422, al. 2, et 425 et le chiffre II ci-après.

B. La *constitution des fondés de procuration* de maisons de commerce (cfr. art. 422, al. 1 et 2 C. O.). Les procurations non commerciales sont inscrites au journal du livre A., et nous savons que, sur la base de cette inscription, le préposé dresse une liste des dites procurations avec répertoire alphabétique[2].

C. Les *sociétés en nom collectif* (cfr. art. 552, ainsi que 554, al. 1, 579, 580, al. 3).

D. Les *sociétés en commandite* (cfr. art. 590, comme aussi 592, al. 1 et 3, et 611).

[1] La question de savoir si les deux conditions ci-dessus doivent être alternativement ou cumulativement remplies est controversée (*Zeitsch. des bern. J.* V. XLI, 129 et s. et 187 et s.); nous l'avons tranchée, d'après le texte légal lui-même, dans le sens de l'alternative, quoiqu'une circulaire du Conseil fédéral du 11 Juillet 1890 ait interprété ce texte en sens contraire.

[2] *Zeitsch. des bern. J.* V. XL, 17 et s. (une fois inscrite au registre, la révocation des pouvoirs du « procuriste » est opposable même aux tiers de bonne foi).

E. Les *sociétés anonymes* (cfr. art. 621 à 624, 626 et 627, 653, 654, 665 et 669, et 666).

F. Les *sociétés en commandite par actions* (cfr. art. 676).

G. Les *associations*, auxquelles il faut, suivant une Circulaire du Conseil fédéral du 13 Mars 1883, assimiler les sociétés d'assurance reposant sur le principe de la mutualité (cfr. art. 680, 682, 691, 696, 702 et 711) ; voir d'ailleurs I, 1, lit. *b*.

H. Toutes *modifications* se rapportant aux faits dont la loi ordonne l'inscription. L'art. 861 prescrit à ce sujet : *Toute modification se rapportant aux faits dont la loi ordonne l'inscription sur le registre du commerce est également sujette à inscription. — Si cette inscription supplémentaire a été faite, les tiers auxquels elle est opposable d'après l'article 863 ne peuvent prétendre avoir ignoré la modification survenue. — Si l'inscription a été omise, celui qui se prévaut d'une modification qui le concerne, doit, pour pouvoir l'opposer à un tiers, prouver que ce tiers en a eu connaissance d'autre part* (cfr. art. 599, 602). Nous reviendrons (nº 1082) sur le principe consacré par l'art. 861, quant aux effets de l'inscription envers les tiers.

I. Les *autres sociétés de l'article 716*, mais seulement lorsqu'elles veulent acquérir la personnalité civile.

Nous rappelons encore l'art. 26 du Règlement de 1890, qui ordonne l'inscription d'*office* dans les espèces prévues à l'art. 865, al. 4.

1081. IV. *Inscriptions facultatives*. Notre loi autorise à se faire inscrire volontairement sur le registre du commerce :

1º *Toute personne capable* de s'obliger par contrat (cfr. art. 865, al. 1).

2º Les *autres sociétés de l'article 716* (cfr. ci-dessus, I).

3º Il est permis aux personnes et aux établissements qui ne sont pas tenus de se faire inscrire, de constituer, par l'inscription au registre, des fondés de procuration (cfr. art. 422, al. 3).

4º Il est de même loisible à quiconque exerce, sous une raison sociale, une profession ou une industrie (l'art. 865, al. 2, parle en outre de « commerce », mais c'est évidemment faux, car le texte allemand se sert ici de l'expression unique : *ein Geschäft betreiben*, en opposition au *nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe* de l'art. 865, al. 4) de faire inscrire la dite raison sur le registre du lieu où il a son principal établissement et, s'il a une succursale dans un autre lieu, d'y faire inscrire cette succursale, une fois que l'inscription a été opérée dans le lieu du principal établissement (cfr. art. 865, al. 2 et 3). Mais l'art. 13 du Règlement de 1890 dispose que les raisons individuelles de l'art. 865, al. 2, sont inscrites au registre A.

1082. V. *Des effets de l'inscription et des conséquences du*

défaut d'inscription. Les inscriptions au registre du commerce, qu'elles soient obligatoires ou facultatives, produisent toujours les deux effets suivants : 1° elles confèrent à la personne ou à la société inscrite la *propriété* de la raison inscrite ; 2° elles entraînent soumission aux *règles spéciales d'exécution* en matière de lettre de change (cfr. art. 720, al. 2), et même, depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes, elles exposent à la *poursuite par voie de faillite*, dans les termes de l'art. 39 de la dite loi, — qui ne s'applique pas aux « procuristes », aux commanditaires, aux représentants de l'administration d'une société par actions, ou d'une « autre société » de l'art. 716 inscrits comme tels, etc., tandis que les « autres sociétés » elles-mêmes de l'art. 716 sont soumises à la poursuite par voie de faillite, si elles se sont fait inscrire. Le nom commercial, d'autre part, est protégé d'une manière absolue, dès que l'inscription en a eu lieu (cfr. art. 876) ; et l'on a pu considérer ce principe comme l'une des innovations les plus heureuses de notre Code.

Les personnes obligées de s'inscrire doivent avoir (cfr. art. 877) des livres de comptabilité, et les sociétés qui peuvent acquérir la personnalité civile ne l'obtiennent que par l'inscription.

1083. L'art. 863 nous apprend que : *Les inscriptions sur le registre du commerce ne sont opposables aux tiers*[1] (mais bien aux intéressés, notamment aux membres d'une société entre eux) *qu'à partir du moment où ils ont pu en avoir connaissance par la publication officielle* (cfr. art. 862) *qui en a été faite. — Toutefois il n'est pas dérogé par le présent article aux dispositions spéciales en vertu desquelles la simple inscription sur le registre produit immédiatement des effets à l'égard des tiers* (cfr. art. 422, al. 3, 552, al. 3, 586, al. 1, 590, al. 3, 602, 611, 623, 626, al. 3, 627, al. 2, 678, 691, 692, 716, 720, al. 2, 768). Ainsi, en principe, et sauf les cas signalés à la fin de l'art. 863, il faut pour que les inscriptions soient opposables aux tiers : 1° qu'elles aient été *publiées* officiellement dans le sens de l'art. 862; et, 2° que cette publication ait *pu parvenir à la connaissance* des personnes auxquelles on veut opposer les inscriptions faites. Il est donc nécessaire que ces personnes aient eu le temps de recevoir et de lire la Feuille officielle du commerce renfermant ces inscriptions ; les juges déci-

[1] *Circulaire du Cons. féd.*, du 11 Mars 1887 (il est interdit de faire au registre une inscription qui aurait pour but de restreindre vis-à-vis des tiers de bonne foi l'étendue des pouvoirs des organes d'une société anonyme ou d'une association). — Cfr. *A. T. F.* XIX, 672 (le *fisc* cantonal est en droit de s'en rapporter au reg. du com., que ce dernier exprime ou non la vérité matérielle, et le contribuable n'est pas admis à faire la preuve contraire de l'exactitude de l'inscription).

deront souverainement, en tenant compte des circonstances de fait, si la partie à laquelle on oppose une inscription a pu, raisonnablement, consulter la dite Feuille officielle jusqu'au moment à partir duquel on prétend que l'inscription lui est opposable. Il n'incombe nullement, en revanche, à la partie qui oppose l'inscription de prouver que le tiers en a eu réellement connaissance; il suffit qu'il ait pu en avoir connaissance. Le tiers peut-il invoquer son ignorance, en alléguant qu'il a été malade, absent, surchargé de travail, etc. ? Nous ne le pensons pas, car le texte du 1er al. de l'art. 863 est en quelque sorte d'ordre public; ce texte attribue à l'inscription tous ses effets envers les tiers dès qu'ils auront « *pu* en avoir connaissance », dans les circonstances ordinaires de la vie, abstraction faite de la question de savoir si, pour des raisons personnelles, ils ont été empêchés en réalité de la connaître.

Nous rappelons ici l'art. 861, al. 3, d'après lequel on ne peut opposer aux tiers de *bonne foi* une modification que l'on a omis d'inscrire. D'autre part, l'art. 863 *in fine* prévoit une série de cas dans lesquels l'inscription produit son effet *dès l'instant où elle a été opérée* et abstraction faite de toute publication.

1084. Les conséquences du *défaut d'inscription* sont ou civiles ou pénales. *Celui*, dit l'art. 860, *qui a omis de faire une inscription à laquelle il était tenu, est responsable de tout dommage pouvant résulter de cette omission*. Nous avons énuméré plus haut les diverses inscriptions obligatoires, ensorte que nous n'avons plus à y revenir. MM. Schneider et Fick donnent l'exemple suivant, à propos du mot « dommage » : La dissolution d'une société par actions n'a pas été inscrite comme le veut l'art. 665, et un tiers, croyant à la continuation de la société, a traité des affaires avec un des anciens directeurs. La responsabilité frappe celui qui était obligé à faire inscrire. Voir, entre autres, les art. 560, 561, al. 2, 599, 621 et s., 626, 627, 680, 681, 689, 717, — ainsi que 51 et 110 et s. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue l'art. 863, al. 1.

Selon l'art. 864 : *Lorsque, d'après la loi, les intéressés sont tenus de faire procéder eux-mêmes à l'inscription* (cfr. art. 859, al. 1, 861, 865), *le fonctionnaire préposé au registre*[1] *doit prononcer d'office contre les contrevenants une amende de 10 à 500 francs*. Il n'y a pas lieu à citation des contrevenants, bien que le préposé ne puisse guère être renseigné complètement qu'après les avoir entendus. La loi du 11 Décembre 1888 a ajouté l'alinéa

[1] C'est plutôt la *Registerbehörde* du texte allemand, l'autorité compétente en matière de reg. du com., la législation cantonale décidant si l'amende doit être prononcée par le préposé ou par l'autorité de surveillance (cfr. art. 22 et 23 du Règl. féd. de 1890); voir également l'alin. 2 nouveau de l'art. 864, où le texte allemand parle de *Registerführer*.

suivant à l'art. 864 : *Lorsqu'une personne ou société tenue de se faire inscrire dans le registre du commerce ne remplit pas cette formalité, le fonctionnaire préposé au registre doit procéder, d'office ou sur réquisition, à son inscription.*

CHAPITRE II

Des raisons de commerce et autres[1].

1085. Bien que la *raison de commerce* puisse être utilisée comme *marque de fabrique*[2], il ne faut point la confondre avec cette dernière ; elle bénéficie toutefois alors de la protection spéciale que la loi institue en faveur des marques. D'ailleurs, la raison de commerce, le nom commercial, qui diffère de la marque, simple signe conventionnel apposé sur la marchandise[3] et destiné à en indiquer la provenance, diffère aussi de l'*enseigne*, qui est la désignation non pas du commerçant lui-même, mais de l'établissement qu'il exploite. L'industriel X. a créé un magasin: *Au meilleur marché*, et ses produits sont marqués d'un sapin. X. sera la raison de commerce inscrite, *Au meilleur marché* l'enseigne, et le sapin la marque.

La loi peut laisser aux parties la liberté la plus absolue dans le choix des raisons commerciales, permettre d'y introduire les noms de personnes qui ne sont pas responsables de la gestion ou d'y con-

[1] W. *Burckhardt:* Y a-t-il lieu de reviser les dispositions du C. O. sur les raisons de commerce? (rapport présenté à l'assemblée des juristes suisses, — corapport de M. *L. Siegmund*), dans *Zeitsch. für schw. R.* XVI, n. s., 479 et s., 563 et s.

[2] L'action tendant à faire interdire l'usage d'une raison de commerce employée comme marque de fabrique est exclusivement régie par le C. O. (*Ph. Dunant*, l. c., p. 435); cfr. *H. E.*, 1895, p. 33. — Ajoutons qu'en cas de *collision entre une raison de commerce et une marque de fabrique* antérieurement inscrite, notre législation ne permet pas d'interdire, au profit de la marque, l'emploi de la raison de commerce choisie de bonne foi.

[3] *R. j. f.* X, 8 et s. (arrêt du T. F., du 16 Octobre 1891): les raisons de commerce sont exclusivement protégées par les art. 865 et s. C. O. — Mais nous possédons, depuis que cet arrêt a été rendu, l'art. 2, ainsi conçu, de la loi féd. du 26 Septembre 1890: « Les raisons de commerce suisses *employées comme marques* (de fabrique) sont protégées de plein droit, moyennant l'accomplissement des formalités prescrites pour la reconnaissance de ces raisons (C. O. art. 859 et s.) »; cfr. *A. T. F.* XVII, 649.

server les noms de chefs ou d'associés qui sont décédés ou qui se sont retirés. Ou bien, elle peut exiger que la raison de commerce soit parfaitement sincère. Ou enfin, elle s'arrêtera à des prescriptions de nature mixte. Dans tous les cas, celui qui est en possession d'une raison est *protégé* contre ceux qui chercheraient à l'usurper. Comme le dit le Conseil fédéral, dans son Message, notre Code a rigoureusement suivi le système du droit français, d'après lequel le nom commercial doit toujours être celui du chef de la maison. soit celui d'un ou de plusieurs associés en nom collectif ou gérants d'une société en commandite. Le Conseil fédéral ajoutait : « Nous ne nous dissimulons pas que l'adoption de ce système modifie profondément les institutions qui existent depuis des siècles dans la Suisse allemande, notamment à St-Gall, Bâle et Zurich. Des établissements anciens et renommés sont continués sous leur ancienne raison de commerce par des chefs, soit des associés en nom collectif ou gérants d'une société en commandite, dont les noms n'ont plus rien de commun avec la raison de commerce de la maison. Souvent aussi, le nouvel acquéreur d'un établissement, d'une librairie par exemple, paie des sommes énormes pour être autorisé à continuer la maison sous la même raison. Nous croyons néanmoins devoir vous proposer d'adopter le système du projet (qui est devenu celui de la loi). Il répond à des intérêts d'ordre public et il a été vivement recommandé, non seulement par tous les experts de la Suisse française, mais par des organes compétents du commerce de la Suisse allemande ». Notre Code ne se contente pas de s'approprier le système du droit français ; il l'étend aux établissements gérés par un seul commerçant et il le sanctionne d'une manière efficace ; cfr. art. 902.

Toujours est-il qu'on aurait pu apporter un tempérament au système de notre loi, en permettant le transfert de la raison de commerce aux héritiers du titulaire, sinon à ses cessionnaires. La raison est souvent un bien d'une très grande valeur, mais notre Code en consacre l'*intransmissibilité*. La force des choses n'en a pas moins amené le Conseil fédéral à s'écarter de la stricte application des art. 865 et suiv , et, dans la pratique, on s'est rapproché de plus en plus de la solution consacrée par le Code de commerce allemand, bien que cette jurisprudence manque de base légale. Notre législation en matière de raisons de commerce est si peu soucieuse des intérêts du négoce, qu'on l'a tournée plus d'une fois de la manière suivante : une société, anonyme, par exemple, allait se constituer à l'étranger sous une raison personnelle et créait, sous cette même raison, une succursale en Suisse...

1085 *bis*. Il faut rappeler encore que la protection des raisons de commerce ne dépend pas uniquement des textes que nous allons examiner, mais bien aussi des *principes généraux des art. 50*,

et s., lorsqu'il y a *concurrence déloyale* par le fait de l'usage illicite d'une raison destinée à créer une confusion préjudiciable au titulaire d'une raison similaire, inscrite ou non[1]; en d'autres termes, une raison de commerce, même inattaquable à teneur des art. 865 et s. (voir 876), peut être reconnue d'un emploi illégitime en vertu de l'art. 50. Au demeurant, les raisons de commerce ne bénéficient de la protection légale qu'à la condition d'être de nature *originale* ou *individuelle*, et non point lorsqu'elles constituent une désignation usuelle et banale d'un genre de négoce ou d'une entreprise quelconque[2].

1086. Nous avons anticipé sur cette matière au cours du précédent chapitre. Il nous est arrivé notamment d'invoquer très souvent l'art. 865, dont voici le texte complet : *Toute personne capable de s'obliger par contrat* (cfr. art. 29 et s.) *a le droit de se faire inscrire sur le registre du commerce du lieu où elle demeure. — Celui qui sous une raison spéciale*[3] *exerce un commerce* (ce mot rend inexactement le mot : *Geschäft*, et pourrait faire croire qu'il s'agit ici de commerçants uniquement), *une profession ou une industrie a le droit de faire inscrire la dite raison sur le registre du commerce du lieu où il a son principal établissement. — S'il a une succursale dans un autre lieu, il peut de même y faire inscrire sa raison, une fois que l'inscription en* (de cette raison) *a été faite dans le lieu du principal établissement* (al. 1 à 3). Ces textes concernent les inscriptions *facultatives* à porter sur le registre B. (voir cependant n° 1081 *in fine*) et plus particulièrement les raisons individuelles (« raisons spéciales » du 2me al.). L'al. 4, ayant trait aux inscriptions *obligatoires*, est ainsi conçu : *Quiconque fait le commerce, exploite une fabrique ou exerce en la forme commerciale une industrie quelconque est tenu de se faire inscrire sur le registre du commerce du lieu où il a son principal établissement*[4]. *S'il a une succursale dans un autre lieu, l'inscription doit aussi y être faite.* Relativement à l'obligation d'inscrire, les contestations sont tranchées par le préposé au registre, éventuellement par l'autorité de surveil-

[1] *A. T. F.* XXIII, 1755, 1815, XXVI², 384, XXVII², 525, XXVIII², 463 et s.

[2] *A. T. F.* XXIII, 1810 et s., XXVII², 520 ; *Sem. jud.*, 1898, 43.

[3] *A. T. F.* XVII, 649 (différence entre la raison de commerce et la marque).

[4] Sont tenus, entre autres, de se faire inscrire : un négociant dont le commerce équivaut à un revenu de 4000 frs, les pharmaciens, les hôteliers, les courtiers, les entrepreneurs, les agents d'affaires faisant des encaissements, mais non les simples agents d'assurance, etc. (cfr. *Schneider et Fick*, 1050 et s., ainsi que les sources y indiquées, et notre n° 1080). *Archiv für Schuldbetreibung*, II, 62 (un *notaire* doit s'inscrire, s'il fait des opérations de banque et d'encaissement) ; *J. d. T.* XLIII, 66 (mais non un *boulanger* dont la vente annuelle reste au-dessous de 10000 frs).

lance, sous réserve de recours au Conseil fédéral. Il y a lieu de faire observer que la loi du 11 Décembre 1888 a complété comme suit l'al. 1 de l'art. 865 : *Le Conseil fédéral prend les mesures nécessaires en vue d'assurer l'accomplissement uniforme de l'obligation de se faire inscrire au registre du commerce.*

Lorsque, dit l'art. 866, *la maison à laquelle se réfère l'inscription cesse d'exister, la radiation de l'inscription doit être requise par son ancien chef, ou, s'il est mort, par ses héritiers. — Lorsqu'elle est cédée à un tiers, c'est également à son ancien chef, ou à ses héritiers, qu'il appartient de requérir la radiation*. Il en est de même lorsqu'une femme commerçante change de nom, par suite de divorce, de mariage, etc. Voir en outre l'art. 874.

1087. Comment se *forme* la raison de commerce, c'est-à-dire le nom sous lequel une personne ou une société exerce son commerce ? Nous avons indiqué les principes de notre loi à ce sujet : conformément à ceux du droit français, ils ont comme point de départ la sincérité complète de la raison. Examinons les diverses hypothèses régies par notre Code, — raisons individuelles (art. 867) et raisons sociales (art. 869 et s.) :

1° Art. 867 : *Celui qui est seul à la tête d'une maison* (qu'il soit tenu de se faire inscrire ou non, car le texte allemand dit : *Wer ein Geschäft... betreibt*), *sans avoir ni associé en nom collectif ni commanditaire* (mais bien un simple bailleur de fonds, non commanditaire), *ne peut prendre pour raison que son nom de famille avec ou sans prénoms. — Il ne peut y ajouter aucune mention faisant présumer l'existence d'une société* (cfr. art. 869 et s.). *Mais il lui est loisible d'y adjoindre d'autres indications de nature à désigner d'une façon plus précise sa personne ou le genre de ses affaires* [1]. Il pourra. par exemple, composer sa raison de commerce ainsi : Louis Besson, ou Besson, ou Besson (Mercerie, Horlogerie, etc.) ; mais il lui est défendu, s'il n'a pas d'associé, de se servir de la raison de commerce Besson et Cie. S'il venait à mourir et que sa veuve continuât l'entreprise, la raison de

[1] *A. T. F.* X, 364. *R. j. f.* IV, 31 (l'emploi de l'adjonction « ci-devant dans la maison N. N., » ne doit pas être envisagé comme emploi abusif d'une autre raison de commerce lorsque, d'après les circonstances particulières du cas, cette adjonction ne devait pas indiquer un rapport de succession, mais seulement la situation qu'occupait antérieurement le porteur de la nouvelle raison dans la maison N. N.); VI, 160 (on ne peut maintenir sur ses enseignes le nom seul de son prédécesseur comme raison de commerce, mais on peut ajouter à son nom, en mentionnant que c'est à titre de succession, le nom de son prédécesseur, lorsque ce dernier a vendu les enseignes avec le reste du commerce et qu'il a laissé, pendant des années, son successeur se servir de son nom ; cfr. art. 874). Voir note ad art. 876, *Schneider et Fick*, 1055 et s., *H. E.* XIII, 124, XVI, 77, ainsi que *A. T. F.* XI, 52, XVII, 516, XVIII, 144, XIX, 229.

commerce devrait être modifiée en : Veuve Besson (cfr. art. 874). On sait qu'une enseigne n'est pas une raison de commerce. Par contre, les adjonctions prévues à l'art. 867, alin. 2, et qui peuvent être d'ailleurs faites aux raisons de sociétés comme à des raisons individuelles, sont également au bénéfice de la protection légale, sous les mêmes conditions que les raisons de commerce elles-mêmes, avec lesquelles elles forment un tout[1].

2° *La raison d'une société en nom collectif doit renfermer le nom de tous les associés ou tout au moins le nom de l'un d'eux, avec une adjonction qui indique l'existence d'une société* (art. 869), — comme par exemple : « et Cie » ou « et frères », etc. Le Conseil fédéral a formellement prescrit, en outre, qu'une société en nom collectif composée de trois associés doit avoir une raison sociale comprenant soit les noms de tous les associés, soit de l'un ou de deux d'entre eux, mais, dans cette dernière hypothèse, avec une adjonction (« et Cie » ou « et frères »), afin de marquer qu'il existe d'autres associés que ceux dénommés dans la raison de commerce (Circul. du 29 Mai 1883). Voir art. 871.

3° *La raison d'une société en commandite doit renfermer le nom de l'un au moins des associés indéfiniment responsables, avec une adjonction qui indique l'existence d'une société* (art. 870)[2]. Il en sera de même pour la *société en commandite par actions ;* notre Code a le tort de ne pas le dire expressément, mais il n'est pas possible de ne pas admettre l'analogie sur ce point. Le nom du commanditaire ne peut figurer dans la raison de commerce (cfr. art. 600).

Voici d'ailleurs ce que disposent les art. 871 et 872, communs aux espèces prévues sous chif. 2 et 3 ci-dessus : *La raison d'une société en nom collectif ou en commandite* — art. 871[3] — *ne doit contenir aucun autre nom que ceux d'associés indéfiniment responsables. Aucune société en nom collectif ou en commandite ne peut prendre la qualification de société par actions, encore que le capital social soit en tout ou en partie divisé par actions.* Mais elle pourra parfaitement prendre celle de société en commandite par actions. D'un autre côté, l'art. 872 est conçu comme suit : *Lorsqu'un associé dont le nom figure dans la raison d'une société en nom collectif ou en commandite, cesse de faire partie de la société, son nom ne peut être maintenu dans la raison sociale, même avec son consentement ou celui de ses héritiers* (cfr. art. 866, 871). Voir l'art. 600 ; il est regrettable que la loi ne ren-

[1] *J. d. T.* XLVIII, 102 (arrêt du T. F., du 28 Oct. 1899).

[2] *R. j. f.* II, 64 (la raison de commerce « F. et fils » est irrégulière lorsqu'il existe, outre F. et ses fils, des commanditaires dans la société).

[3] *A. T. F.* XVII, 134.

ferme pas de sanction de ces principes autre que celle contenue dans le dit art. 600; les art. 50 et s. pourront être invoqués, le cas échéant. Il est évident, au surplus, que si la société est composée de plus de deux associés et que si l'un d'entre eux se retire ou décède, sans que son nom ait fait partie de la raison de commerce, il n'est nécessaire de modifier celle-ci que dans l'éventualité où cette retraite ou cette mort influerait sur la raison de commerce elle-même; il faudrait peut-être supprimer l'adjonction « et Cie », ou toute autre qui ne correspondrait plus à la réalité.

4° *Les sociétés anonymes* — art. 873 — *et les associations sont libres de choisir leur raison sociale comme elles l'entendent, à charge d'adopter une désignation qui les distingue nettement* (cfr. art. 868 et 876) *de toute autre raison déjà inscrite et qui ne contienne pas le nom d'une personne vivante.* Le but de la raison sociale est, comme l'a constaté le Tribunal fédéral, « d'individualiser un établissement commercial et de séparer sa personnalité de celle des associés et de celle d'établissements analogues ». Que doit-on entendre par les mots « personne vivante »? Signifient-ils qu'aucun nom de personne vivante ne peut entrer dans une semblable raison de commerce? Certainement non, pourvu que ce nom ne puisse pas induire le public en erreur, en faisant croire à l'existence d'une autre espèce de société. Aussi le Conseil fédéral a-t-il sagement reconnu que le nom d'une personne vivante pouvait figurer dans une raison de commerce, « à condition qu'il ait une signification purement matérielle, servant à préciser la dénomination d'une chose ou d'un but, et ne laissant pas présumer l'existence d'une responsabilité personnelle ». Ceci vise tout spécialement les sociétés qui se forment pour exploiter une invention, qui n'est souvent connue et ne peut être désignée que par le nom de l'inventeur. Les raisons de commerce suivantes seraient régulières : « Société pour l'exploitation des brevets Edison », ou « Société pour l'exploitation du moteur Kealy[1] », etc. Il est vrai que la jurisprudence du Conseil fédéral a fait, au cours de ces dernières années, une application si libérale de l'art. 873 qu'elle ne se concilie plus ni avec la lettre, ni même avec l'esprit de la loi; en effet, il a autorisé, du moins pour les sociétés anonymes, l'emploi de noms de personnes vivantes, pourvu que la raison contînt, même par abréviation, les mots de : « société anonyme ». Et cela, bien que la nécessité d'un caractère nettement distinctif soit beaucoup plus impérieuse à l'égard des raisons impersonnelles de l'art. 873 qu'à l'égard des raisons individuelles, ou de celles des art. 869 et s.; voir, en outre, ad

[1] Voir, par ex., *H. E.* XXI, 177. — De même, ne serait pas contraire à l'art. 873, la raison sociale suivante : « Société anonyme, précédemment A. Buss et Cie » (*J. d. T.* L, 591).

art. 868 et 876[1]. Pour savoir si les raisons de deux sociétés anonymes ou associations se distinguent suffisamment l'une de l'autre, il importe de les comparer dans leur ensemble ; il y aurait usurpation, même si une partie seulement de la raison sociale devait apparaître comme caractéristique, et si l'appropriation de cette partie pouvait créer quelque confusion : ainsi, il a été jugé que la désignation « Bibliograph. Art. Institut Zurich » ne se distingue pas assez de la suivante : « Art. Institut Orell Fussli ».

Les art. 874 et 875 contiennent des *dispositions communes* aux cas sub 1 à 4 ci-dessus :

Art. 874 : *Celui qui succède, par acquisition ou autrement, à un établissement déjà existant est soumis aux dispositions qui précèdent sur la raison de commerce. Il peut toutefois indiquer dans sa raison à qui il succède, s'il y est autorisé expressément ou tacitement*[2] *par son auteur ou par les héritiers de son auteur.* Le mot « tacitement » doit être l'équivalent de : *thatsächlich*, qui veut dire : en tolérant, en laissant faire ; on devra sans doute admettre une autorisation tacite, dans le cas d'une cession de commerce sans réserve impliquant une défense d'indiquer à qui le nouvel acquéreur a succédé.

Art. 875 : *Le fonctionnaire préposé au registre doit exiger d'office que les intéressés se conforment aux dispositions qui précèdent sur l'inscription, la radiation ou le changement des raisons de commerce* (cfr. art. 865 et s.). Il sera tenu d'agir dès que, directement ou indirectement, il aura connaissance d'une inobservation de la loi.

1088. Quelles sont les mesures de *protection* que la loi a prises en faveur des raisons de commerce inscrites ? Notre Code considère la raison de commerce comme la propriété de celui qui l'a adoptée et fait inscrire. L'art. 868[3], qui est général, bien qu'il paraisse se rattacher plus particulièrement au cas de l'art. 867, dit déjà : *Lorsqu'une raison est inscrite sur le registre du commerce, un autre chef de maison ne peut en user dans la même localité, encore qu'il porte personnellement le nom qui constitue cette raison. Il est tenu, en pareil cas, de faire à son nom une adjonction qui le distingue nettement de la raison déjà inscrite.* Par « la même localité », il faut entendre la même ville, le même village et tout le territoire compris sous la dénomination de cette ville ou de ce village. Ces mots indiquent d'autre part que l'on est

[1] *A. T. F.* XXI, 227 et s., XXV², 34 et s.; *H. E.* XIV, 281.

[2] *H. E.* VI, 145 ; *Sem. jud.*, 1887, 445.

[3] *R. j. f.* II, 63 (est prohibée toute raison de commerce qui peut être aisément confondue avec une raison déjà existante). Cfr. *A. T. F.* XVII, 136, 649, *H. E.* XIII, 125, XIV, 157, etc. Voir ad art. 876.

en droit d'adopter une raison de commerce existant déjà dans une autre localité, sous les conditions fixées au 1er al. de l'art. 867. L'art. 868 concerne exclusivement les raisons individuelles, et non les raisons réelles, — les *Sachfirmen*. Et l'on est en droit de se demander si le Tribunal fédéral n'est pas allé trop loin, quand il l'a appliqué, d'abord, aux raisons des sociétés à responsabilité personnelle (A. T. F., XVII, 647), puis, aux raisons réelles (*ibid.*, XXIV[2], 896), en invoquant les termes généraux de l'art. 876, al. 1, et en ajoutant que ce dernier texte ne distingue pas entre sociétés anonymes et associations ayant leur siège dans la même localité ou établies dans d'autres parties de la Suisse. En tout cas, cette jurisprudence ne tient pas compte des conditions matérielles de la tenue du registre du commerce.

L'art. 876[1] prohibe en ces termes *l'usurpation* des raisons de commerce : *Dès que la raison d'un particulier ou d'une société a été inscrite sur le registre du commerce et* (cfr. art. 868, qui ne demande pas la publication préalable) *publiée dans la Feuille officielle du commerce conformément aux prescriptions du présent titre, nulle autre personne n'a le droit de s'en servir* (ni de l'imiter de telle façon qu'il y ait confusion possible[2]; cfr. art. 868). — *Celui au préjudice de qui un tiers se servirait indûment de cette raison, peut lui en faire interdire l'usage et l'actionner en dommages et intérêts* (al. 1 et 2), — conformément aux art. 50 et s. (entre autres, art. 55), s'il y a eu dol ou négligence, car une simple faute, même légère, suffit pour déterminer l'application de notre texte (la prescription de l'action en dommages et intérêts est réglée par l'art. 69). L'art. 876 ne parle pas de la circonstance que l'usurpation, pour en être une, devrait être commise dans « la même localité » ; il a un caractère tout à fait général. De plus, ainsi que notre Tribunal d'instance supérieure l'a reconnu, dans son arrêt du 12 Décembre 1891, « il protège tout citoyen quelconque, qu'il ait ou qu'il n'ait pas une raison de commerce, contre le préjudice résultant pour lui de ce que son nom est employé, d'une manière

[1] *A. T. F.* X, 364, XI, 52, XVII, 133, 413, 516, 715 ; *R.j.f.* IV, 31 (cité ad art. 867), V, 184 (le tenancier de l'hôtel *Concordia*, à Zurich, avait, du consentement du propriétaire, changé le nom de l'hôtel, qu'il appela « Hôtel Dubs » (Dubs étant son nom); à la fin du bail, le propriétaire voulut conserver la dénomitation « Hôtel Dubs » ; l'ancien tenancier s'y opposa et les tribunaux lui donnèrent raison, parce que c'était induire le public en erreur sur la personne du tenancier et exposer Dubs à des désagréments qui, s'ils ne s'étaient pas encore produits, pouvaient néanmoins se produire); X, 6 (*J. d. T.* XXXIX, 633), v. p. 104, note 1. Cfr. *H. E.* X, 298, XIV, 286, 327 (toute personne y ayant intérêt peut actionner du chef de l'art. 876), XVI, 76, ainsi que *A. T. F.* XXI, 227 et s., XXIII, 1748 et s., XXVII[2], 520 et s. (traduction d'une raison de commerce dans une langue étrangère, — appropriation licite ?).

[2] *A. T. F.* XXIV[2], 891 et s. (voir ci-dessus, ad art. 868).

illicite, comme raison de commerce ». Ce principe doit être étendu au cas dans lequel l'emploi d'un nom est usurpé en vue de désigner une entreprise au moyen d'une enseigne de magasin ou d'hôtel.

1088 *bis*. Enfin, le 3[me] al. de l'art. 876 nous dit: *La législation fédérale promulguera, s'il y a lieu, d'ultérieures dispositions en vue d'assurer la protection des droits qui se rattachent à l'usage d'une raison de commerce*. Voir Règlement fédéral du 6 Mai 1890, art. 30, et Convention internationale du 20 Mars 1883, art. 2 et 8; cfr. également loi fédérale sur la protection des marques de fabrique du 20 Septembre 1890. Au surplus, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans les cas d'atteinte portée au droit à la marque de fabrique et de demande en dommages et intérêts formée de ce chef (art. 50 et s., 876), les dispositions du Code fédéral et de la législation spéciale ne peuvent être invoquées cumulativement: « le même acte de contrefaçon ou d'usurpation ne peut être poursuivi simultanément par cette double voie. »

CHAPITRE III

Des livres de comptabilité.

1089. En droit allemand comme en droit français, les commerçants sont astreints à tenir des livres de comptabilité. Cette prescription, édictée dans l'intérêt des négociants eux-mêmes, puisque leurs livres peuvent seuls leur faire constater les résultats de leurs opérations, cette prescription, disons-nous, a aussi pour but, lorsqu'un commerçant tombe en faillite, de permettre à l'autorité compétente de vérifier si la déconfiture est due à des circonstances imprévues, ou s'il y a eu des fautes et même des fraudes commises. Notre Code n'oblige plus seulement les commerçants, mais *toute personne astreinte à se faire inscrire au registre du commerce*, à tenir une comptabilité régulière. Il n'indique pas cependant les livres qui doivent être possédés à cet effet. Le Code de commerce français demandait: un livre-journal, un livre copie de lettres et un livre des inventaires. Les affaires des divers négociants sont si dissemblables, que le législateur suisse a pensé devoir faire abstraction de toutes dispositions spéciales sur ce point. Voici d'ailleurs les règles auxquelles il s'est arrêté:

Art. 877 : *Toute personne astreinte à se faire inscrire sur le registre du commerce* (n° 1080) *est obligée, en outre, d'avoir des livres de comptabilité régulièrement tenus, indiquant sa situation de fortune, ainsi que celles de ses dettes et créances qui se rattachent à ses affaires professionnelles.* Ceux qui se font inscrire sur le registre du commerce, sans y être obligés, ne sont pas astreints à tenir une comptabilité dans le sens de l'art. 877[1]. Les livres doivent donc être tenus *régulièrement*, donner un aperçu complet de la *situation de fortune*, qui résultera des inventaires et bilans à dresser périodiquement, et enfin des *dettes et créances* ayant trait aux opérations de la personne inscrite. Insistons encore sur le fait que les livres de comptabilité sont imposés non seulement à ceux qui sont inscrits mais à tous ceux qui ont le devoir de se faire inscrire.

Art. 878 : *Toute personne astreinte à tenir des livres doit les conserver pendant* DIX ANS (cfr. art. 146 : ceci en vue de la preuve et à raison de ce que le délai ordinaire de prescription est de dix ans) *à partir de la dernière inscription qu'elle y a faite. — Les lettres et télégrammes reçus doivent être conservés pendant le même laps de temps, à partir du jour de leur arrivée.* Cette obligation passe aux héritiers. Concernant les livres d'une société anonyme dissoute, voir l'art. 668.

Art. 879 : *En cas de contestations relatives à l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie* (et sans préjudice des dispositions extensives de la procédure cantonale), *les personnes astreintes à tenir des livres peuvent être obligées de produire ces livres, ainsi que les lettres et télégrammes qu'elles ont reçus.* La force probante de ces titres comme aussi la procédure en matière « d'édition » sont déterminées par la législation des cantons. Il en est de même pour les conséquences du refus d'obtempérer aux prescriptions de l'art. 879. Notons encore que l'obligation de produire les livres et la correspondance est imposée à toute personne astreinte à tenir une comptabilité régulière, à raison des contestations délimitées ci-dessus, que la partie requise soit intéressée ou non à la contestation. Disons enfin que notre texte ne crée pas une obligation absolue de produire livres, lettres, télégrammes à l'égard des personnes qui, aux termes de l'art. 877, sont tenues d'avoir une comptabilité régulière ; celles-ci ne doivent se résigner à la production de ces documents, et cela est à la fois naturel et équitable, que dans la mesure où ils se réfèrent à « des rapports de droit existant *entre les parties elles-mêmes* », et non point à ceux qui peuvent avoir existé entre l'une d'elles et des tiers[2].

[1] *H. E.* 1894, 196.
[2] *A. T. F.* XIX, 300.

1090. Art. 880 : *Le droit d'édicter des peines contre ceux qui contreviendraient aux obligations imposées par les articles 877 et 878 est réservé à la législation cantonale ;* cfr. art. 903.

Ces contraventions ne seront guère relevées qu'en cas de faillite des contrevenants ; elles seront, la plupart du temps, des circonstances explicatives et aggravantes des délits de banqueroute simple ou de banqueroute frauduleuse, mais elles peuvent constituer des délits distincts que réprime la loi pénale (amende de 10 à 500 fr., Berne, etc.).

CORRIGENDA ET ADDENDA

I

Page	5,	ligne	13.	Lire :	*14*,	au lieu de :	19.	
»	24,	»	18.	»	*882*,	»	883.	
»	27,	»	23.	»	*883*,	»	803.	
»	121,	»	18.	»	*pour le tout*,	au lieu de :	pour tout.	
»	489,	»	42.	»	*362*,	au lieu de :	398.	
»	520,	»	23.	»	*43*,	»	298,	et ajouter : XLI, 494.
»	569,	»	8.	»	*433*,	»	432.	
»	569,	»	12.	»	*433*,	»	443.	
»	605,	»	14.	»	*392 et s.*,	au lieu de :	399 et s.	
»	713,	»	42.	»	*699*,	au lieu de :	561.	

II

Art. *16*. (*Zeitsch. des bern. J.-V.*, XLI, 303 et s., arrêt du T. F. du 17 Mars 1905) : cession simulée ; simulation opposable par le débiteur, s'il y a un intérêt.

» *17*. (*J. d. T.*, LIII, 289 et s., arrêt du T. F., du 25 Février 1905) : art. 17 inapplicable, lorsque l'objet de l'obligation consiste dans la réparation d'un dommage causé par un acte immoral. — Prohibition de faire concurrence (*A. T. F.* XXX², 523 et s.). — Voir aussi *A. T. F.*, XXVI², 444 et s., XXX², 417 et s.

» *50*, *51*. (*J. d. T.*, LIII, 262 et s., arrêt du T. F., du 7 mai 1904) : responsabilité d'un *cycliste*. — Responsabilité d'un *médecin-opérateur* (*A. T. F.*, XXX², 304 et s.), — d'un *avocat*, à raison des faits allégués dans des pièces de procédure ou un plaidoyer (*ibid.*, XXX², 439). *Schw. Juristen-Zeitung*, II, 18, arrêt du T. F., du 27 Mai 1905 (on peut tenir compte, pour l'application de l'art. 51, des faits qui se sont produits *après le jugement* prononcé par l'instance cantonale, et ceci en vertu du droit matériel).

» *61*, *62*. (*A. T. F.*, XXX², 429 et et s.) : relation entre ces deux textes, l'art 62 pouvant s'appliquer, notamment, aussi bien en ce qui concerne certains domestiques (un *cocher*, par ex.), qu'en ce qui concerne les autres employés. — Art. *62* ne peut être invoqué contre le patron, par l'ouvrier de fabrique victime d'un accident de fabrique causé

par la faute grave d'un autre ouvrier (*J. d. T.*, LIII, 132 et s., arrêt du T. F., du 10 juin 1904). — Responsabilité d'une *commune* (*A. T. F.*, XXX², 567 et s.).

Page 130, n° 93. La loi féd. de 1875 a été remplacée par celle du 28 Mars 1905, dont nous avons, par anticipation, indiqué les innovations essentielles. — La responsabilité civile des *automobiles* demeure régie provisoirement par le droit commun (le dépôt, sur le bureau des Chambres fédérales, d'un projet de loi y relatif paraît très prochain).

Art. *72*. *A. T. F.*, XXX², 329 et s.; cfr. *Schw. Juristen-Zeitung*, II, 18, arrêt du T. F., du 9 Juin 1905, où l'on décide, qu'en principe, l'*erreur de droit*, et d'ailleurs l'*erreur inexcusable*, ne saurait justifier la répétition de l'indû; ceci peut être admis par la doctrine du droit commun (*Dernburg*, I, § 141, *Windscheid*, II, § 426), mais ne cadre pas avec le texte de l'art. 72 C. O. (sic *Hafner*, 23, et cfr. *Baudry-Lacantinerie*, III, 1067), ni avec nos législations modernes qui n'édictent nulle part la règle que « personne n'est censé ignorer la loi ».

» *107*. (*A. T. F.*, XXVIII², 270; cfr. *Zeitsch. d. bern. J.-V.*, XL, 679): la demeure du créancier ne confère pas au débiteur le droit de résilier, mais seulement de consigner.

» *123*. *Zeitsch. d. bern. J.-V.*, XL, 673.

» *126, chif. 3*. *A. T. F.*, XXX², 451.

» *149*. (*A. T. F.*, XXX², 89, XXVII², 148): le jugement ne donne pas naissance à la créance: il la constate.

» *153*. (*A. T. F.*, XXX², 88, XXVIII², 362): énumération limitative des cas de suspension.

» *218*. (*Hafner, 101*): Mais le créancier-gagiste pourrait, sans le consentement du débiteur, céder sa créance avec le droit de gage qui la garantit; cfr. art. 215.

» *338 et s.* (*J. d. T.*, LIII, 257 et s., arrêt du T. F., du 12 Novembre 1904): louage de services ou mandat ?

» *346*. (*J. d. T.*, LIII, 203 et s., arrêt du T. F., du 11 Juin 1904) : même lorsque le contrat prévoit que la résiliation peut être déclarée en tout temps, sans indemnité, si le maître jugeait les services insuffisants, il incombe au maître, en cas de contestation, d'établir l'existence d'un juste motif.

» *358*. (*Zeisch. d. bern. J.-V.*, XL, 248): action en dom. et int. pour défauts de l'ouvrage ou absence des qualités promises, régie par art. 358, à l'exclusion d'art. 110: la « livraison » de l'art. 367 est constituée d'ailleurs par la remise de l'ouvrage en la puissance du maitre.

Page 501, note, ajouter: *J. Muller*. Der Verlagsvertrag nach schw. O.-R., in-8, Berne, 1905.

» 519, ligne 14, ajouter, après 1891: *et 14 décembre 1900*. — Consulter sur la question des *armoiries publiques*, nationales ou étrangères, utilisées comme marques de fabrique, arrêt du T. F., du 2 Juillet 1904 (*J. d. T.*, LIII, 281 et s.).

Art. *537*, *567*. *A. T. F.*, XXX², 517 et s.

» *559*. (*R. j. f.*, XIX, 120, arrêt du T. F., du 24 Mai 1901) : un jugement rendu contre une société en nom collectif est opposable aux associés, en ce sens qu'il constate d'une manière absolue l'obligation de la société.

Page 583, ligne 21, au lieu de 4 Juillet 1891, lire : 15 Juin 1897.

Page 583, ligne 24, ajouter : le Danemark, la Roumanie. — Il existe des conventions particulières entre la Suisse et d'autres Etats (Allemagne, Hollande, Autriche), du 13 Juin 1893 et du 12 Déc. 1901 (avec l'Allemagne).

» 855. *in fine :* Le membre d'une association qui a été déterminé, par le dol des organes sociaux, à entrer dans l'assoc. ou à augmenter le montant de son apport ne peut opposer l'exception de dol à l'action de la masse en faillite sociale tendant au versement intégral de l'apport promis (arrêt du T. F., du 19 Févr. 1905, *R. j. f.* XXIII, 94 et s.) ; voir ci-devant, n° 793 *in fine.*

TABLES

I. Table analytique.

II. Table alphabétique.

Les chiffres renvoient en général aux pages.

B

D

E

G

J

L

M

S

III. Tableau des articles du Code fédéral [1].

[1] Les chiffres se rapportent aux *pages* du volume : le chiffre qui suit immédiatement le numéro de l'article indique la place où cet article est *plus spécialement* commenté. — Les articles marqués d'un astérisque renvoient aux *Corrigenda et Addenda*.

Pour les *lois spéciales*, voir les tables analytique et alphabétique.

